

MARC ANCEL

# UTILITÉ ET MÉTHODES DU DROIT COMPARÉ

ÉDITIONS IDES ET CALENDES, NEUCHÂTEL

1971



Digitized by the Internet Archive  
in 2026





# UTILITÉ ET MÉTHODES DU DROIT COMPARÉ

*Conférences données sous les auspices  
de la Faculté de Droit et des Sciences économiques  
les 18 et 19 février 1971*

MARC ANCEL

MEMBRE DE L'INSTITUT DE FRANCE  
PRÉSIDENT DE CHAMBRE A LA COUR DE CASSATION (PARIS)  
PRÉSIDENT DU CENTRE FRANÇAIS DE DROIT COMPARÉ

# UTILITÉ ET MÉTHODES DU DROIT COMPARÉ

*Eléments d'introduction générale à l'étude comparative  
des droits*



ÉDITIONS IDES ET CALENDES  
NEUCHÂTEL 1971



# I

## INTRODUCTION

Il est courant aujourd'hui, parmi les juristes, de souligner l'intérêt, l'importance, la nécessité même des études de droit comparé. Cet éloge ne va pas, cependant, sans quelque ambiguïté ; car, après plus d'un siècle de controverses, on en est encore à se demander ce qu'il faut entendre exactement par ce terme : *droit comparé* et les discussions sur la fonction et la méthode de cette discipline restent vives. Nous n'entendons pas nous engager à notre tour dans cette querelle théorique. Nous voudrions au contraire essayer de dégager, de manière aussi concrète que possible, l'*utilité actuelle* et les *méthodes* de la recherche juridique comparative ; nous verrons en effet que jamais plus qu'à présent la comparaison des systèmes et des institutions juridiques n'a été nécessaire ; et nous constaterons aussi que cette comparaison relève, non pas d'une méthode unique, comme l'a cru longtemps la doctrine comparatiste, mais de plusieurs méthodes possibles, dont il s'agit moins de déterminer la meilleure que de fixer la place respective de chacune d'elles.

Nous sommes ainsi conduit à présenter une sorte d'introduction générale au droit comparé d'aujourd'hui. Vaste programme dont la réalisation complète demanderait de longs développements. Notre volonté, au contraire, est de nous limiter à l'essentiel ; ce qui nous oblige d'abord, d'une part, à préciser comment se pose exactement le problème que nous avons à traiter et, d'autre part, à déterminer quand, et dans quelles conditions, on a été amené à parler de « droit comparé ». Examinons immédiatement ces deux questions préliminaires.

## 1. Position générale du problème

Nous devons nous demander essentiellement *pourquoi* il convient d'étudier le droit comparé et *comment* il faut aborder et conduire une telle étude. Cette double question, facile à poser, est moins aisée à résoudre. C'est d'abord, on le verra, parce que le « comment » de la recherche comparative est souvent fonction de son « pourquoi » ; car le but que s'assigne le comparatiste détermine largement la technique de son investigation ; et, à l'inverse, les moyens dont il dispose sont pour une grande part la condition première — et, en tout cas, constituent la limite — de son investigation. Il faut donc résister à la tentation de traiter séparément, et dans une succession apparemment logique, de l'utilité, c'est-à-dire en définitive des buts, puis des méthodes, c'est-à-dire de la mise en œuvre des moyens techniques de cette recherche comparative : une approche un peu plus complexe du problème nous paraît nécessaire.

Cependant, dès l'abord, nous ne pouvons éliminer la question préalable de la légitimité de l'étude comparative elle-même. En effet, toutes les objections traditionnellement faites au droit comparé n'ont pas disparu. Sans reprendre ici en détail une vieille querelle bien connue, rappelons rapidement la teneur même de ces objections, et les raisons qu'on peut avoir de les écarter.

Trois critiques principales ont été élevées contre toute recherche juridique comparative :

Le droit national, dit-on d'abord, est suffisamment complexe ; il est surtout suffisamment difficile à connaître nettement pour qu'on n'aille pas s'embarrasser des systèmes étrangers ; alors surtout que cette complexité du *corpus juris* s'aggrave en notre époque d'inflation législative et par suite de l'apparition de nouvelles branches du droit qui requièrent notre attention, à l'intérieur de notre propre système.

Au surplus, ajoute-t-on aussitôt, cette prétendue « science comparative » est une sirène tentatrice qui risque de nous entraîner à l'aventure. Quelle illusion en effet de prétendre connaître et assimiler le droit étranger ! Les plus graves erreurs nous guettent quant à sa signification exacte, sa valeur et même son contenu. D'où des importations hâtives et des affirmations non contrôlées ; le droit comparé apparaît ainsi comme une source constante de confusion.

Enfin, le droit d'un pays fait partie du patrimoine national. Il est à certains égards, lui aussi, le bien commun des citoyens,

fruit de la tradition, héritage des ancêtres et mode d'expression — miroir a-t-on dit souvent — de la société où il s'applique. Loin de le rapprocher des autres systèmes, il faut au contraire en assurer l'indépendance et le protéger contre toute altération venue de l'étranger.

Cette dernière objection, quoique désormais peu souvent formulée dans toute sa rigueur, est en réalité la principale ; mais c'est précisément celle qui nous fait apparaître la faiblesse comme la position désuète des adversaires du droit comparé. Le juriste est toujours plus ou moins xénophobe en droit : son ordre juridique lui paraît nécessaire et lui semble justifié par son existence même. Or, telle est la déviation contre laquelle, aujourd'hui, il est nécessaire de réagir. L'artiste, l'écrivain, ceux mêmes qui pratiquent ce qu'on appelle actuellement la « science littéraire » se tournent naturellement et constamment vers l'étranger. Le savant le fait plus encore, car la science pure ne connaît ni les frontières linguistiques, ni les frontières politiques : quel médecin récuserait ou refuserait les expériences étrangères ? Dès lors pourquoi la science juridique devrait-elle s'enfermer dans les limites d'un seul Etat ? Se limiter au droit d'un seul pays, a-t-on dit, c'est un peu inviter le biologiste à se limiter à une seule espèce vivante.

On en arrive ainsi à mettre en lumière les avantages, les bienfaits mêmes, du droit comparé. Démonstration aujourd'hui banale dont nous nous contenterons de rappeler les termes essentiels :

- a) N'y a-t-il pas, sous la diversité des lois — ou des législations — sinon une unité, du moins une universalité du droit en tant qu'instrument de concorde sociale et en tant que création de l'esprit humain ? C'est là une question primordiale que nous devons poser dès l'abord, et à laquelle nous ne pourrions répondre, en pleine connaissance de cause, qu'à la fin de nos explications. Notons seulement pour l'instant que formuler cette question, c'est déjà justifier l'étude comparative du droit.
- b) Sur le terrain de la pratique concrète, à l'inverse, il est de toute évidence que la connaissance du droit étranger — tout au moins le contact avec le droit de l'étranger — est souvent indispensable à l'avocat, au juge, à l'arbitre (notamment en matière d'arbitrage commercial international), à l'homme d'affaires, au négociateur, au diplomate. Tous les systèmes de conflits de lois admettent, en certains cas, l'application de la loi étrangère : faut-il en ignorer la substance ? Comment du

reste le pourrait-on lorsque ce même système de conflit de lois nous oblige à confronter cette loi étrangère à notre ordre public national ?

- c) Le rôle formateur du droit comparé n'a plus à être souligné. Il donne à l'étudiant des ouvertures nouvelles, en lui faisant connaître d'autres règles et d'autres systèmes que les siens propres. Il permet au juriste une meilleure connaissance et une meilleure compréhension de son droit, dont les caractères particuliers se dégagent mieux encore d'une comparaison avec l'étranger. Il enrichit le bagage du juriste même le mieux formé ; car il lui fournit des aperçus, des idées, des arguments que la seule connaissance de son propre droit ne lui offrirait pas.
- d) La méthode comparative est en tout cas nécessaire pour l'étude approfondie de l'histoire du droit ou de la philosophie du droit. Elle l'est encore pour la théorie générale du droit qui ne prend sa pleine valeur que dégagée de la technique étroite d'un système particulier. Elle seule peut donner une vue complète, non compartimentée, du « phénomène juridique ».
- e) Enfin, depuis l'Antiquité (comme on va le voir), on a toujours pensé que la connaissance des droits étrangers était de première importance pour le législateur. Quelle législation, aujourd'hui surtout, pourrait se permettre d'ignorer les autres ? Il en est particulièrement ainsi à l'heure des unions régionales, comme les Communautés européennes, et à une époque où l'on s'efforce d'organiser un ordre juridique de paix et de coordination. Les difficultés en cette matière ne sont certes pas négligeables ; mais elles viennent précisément de ce que — entre les Nations qui tentent de réaliser un tel ordre — la suprématie du droit n'est pas encore pleinement reconnue. La pratique sincère du droit comparé peut être ici d'un grand secours.

On s'excuse presque de devoir rappeler ces vérités d'évidence. La cause du droit comparé, en soi, n'a sans doute pas besoin d'être plus longtemps plaidée. Cependant, ces mêmes vérités, quoique souvent affirmées, ne sont pas cependant toujours exactement ressenties ; voilà pourquoi, dans leur portée effective, nous aurons à les retrouver. Il existe ainsi, en notre matière, quelques positions majeures et également quelques thèmes conducteurs que nous

retrouverons pareillement. Nous n'hésiterons pas, à dessein, devant certaines répétitions ; et quelques redites apparentes ne seront que la réapparition de ces thèmes directeurs, que nous entendons ne pas perdre de vue. L'essentiel nous paraît être de bien marquer les notions fondamentales qui dominent notre matière.

Reste pour l'instant à exposer brièvement comment nous concevons notre étude, dans ses lignes générales.

Le premier point — celui dont il faut partir — nous paraît être de rappeler succinctement « pourquoi » et « comment » c'est depuis cent ans seulement qu'on a pu parler de « droit comparé » et de bien indiquer par quelle démarche scientifique on y est parvenu : c'est à quoi nous allons nous employer immédiatement. Il nous faudra ensuite montrer comment, depuis soixante-quinze ans, le jeune droit comparé s'est développé en prenant, à chacune de ses phrases successives, un visage nouveau et en faisant apparaître des problèmes également nouveaux, ce qui doit être l'objet nécessaire de notre second exposé. Le troisième nous permettra de poser la question essentielle de savoir à quoi tend ce « droit comparé », ce qu'il est — science ou méthode — et si même il existe vraiment comme tel. Nous devons alors nous demander — en un troisième chapitre — si le droit comparé ne serait pas en tout cas ou principalement un mode scientifique d'approche des systèmes juridiques ; et alors que doit-on entendre par là ? Ces systèmes, cependant, par leur existence simultanée (leur coexistence, voire leur co-naissance) posent un problème, ou des problèmes, que le droit comparé a précisément pour fonction normale d'étudier, puisque le processus logique de la comparaison suppose un rapprochement raisonné : rapprochement ou opposition des systèmes, tel devra être le sujet de notre quatrième exposé. Alors surgit aussitôt une autre question : ce rapprochement des droits ne devrait-il pas conduire, ce qui serait peut-être la grande tâche des comparatistes, à leur unification ? Ce sujet, très discuté, sera la matière de notre cinquième chapitre. En dehors de cette tâche prestigieuse, de cette ambition ou de cet espoir, il reste que la recherche comparative, en soi, est devenue une des grandes activités juridiques de ce temps : il conviendra donc d'en préciser les caractères, les limites et les techniques, ce qui formera le sujet de notre exposé suivant. Enfin, mais alors seulement, il nous sera possible d'apprécier vraiment la signification actuelle du droit comparé dans son acception propre, dans sa fonction véritable et dans ses méthodes de développement, et ce sera tout naturellement la matière de notre chapitre de conclusion. Tel est, nous

semble-t-il, le panorama général des questions que nous avons à nous poser : nous nous efforcerons de les examiner tour à tour.

Avant de le faire, il est nécessaire, nous l'avons dit déjà, de nous demander comment le comparatisme juridique, affirmé au siècle dernier, a pu donner naissance au droit comparé proprement dit.

## 2. *L'apparition de la science juridique comparative*

On assigne couramment à la comparaison des droits des origines lointaines. Lycurgue à Sparte et Solon à Athènes voyagèrent dans le monde alors connu pour en connaître les institutions, dit-on, avant de légiférer ; et de même les décemvirs chargés de rédiger la Loi des XII Tables se seraient informés des lois étrangères, singulièrement des lois grecques, dont l'influence est visible dans la première législation écrite de Rome. On cite encore Platon, dont *Les Lois* font état de la comparaison ; et Aristote, qui discuta les constitutions existantes, notamment celle de Carthage. La *Collatio legum Romanarum et Mosaicarum* du Ve siècle de notre ère n'est-elle pas à son tour un essai de juxtaposition des législations — les deux seules peut-être à se trouver alors face à face dans le monde ancien ? Plus tard, du *De laudibus legum Angliae* de Fortescue en Angleterre, au XVe siècle, à la *République* de Jean Bodin en France au XVIe, des appels, intéressés sinon même sollicités, sont faits aux lois étrangères ; et l'on pourrait citer bien d'autres exemples. Il faudra néanmoins attendre le XVIIIe siècle, et spécialement *L'Esprit des Lois* (1748), pour rencontrer un recours systématique aux enseignements tirés des autres législations. Montesquieu a même le mérite d'entendre le mot *loi* en son sens physique (« les rapports nécessaires qui dérivent de la nature des choses »), ce qui conduit à rechercher les relations existant entre phénomènes juridiques, historiques, politiques et même climatiques. A ce titre, on a pu voir en lui le premier des comparatistes.

La formule cependant ne doit pas faire illusion ; car, si l'on peut considérer Montesquieu comme l'initiateur premier de la sociologie, de la science politique ou de la politique législative ainsi que, avec et avant Beccaria, de la politique criminelle, il faut reconnaître qu'il ne possède ni la méthode historique, ni la méthode comparative qui lui eussent permis une étude critique des sources et un examen systématique du développement des insti-

tutions. Il construit sa démonstration très souvent sur des documents non contrôlés et de seconde main, et sa géographie juridique relève encore largement de cet exotisme folklorique si en vogue au XVIII<sup>e</sup> siècle. Comme chez beaucoup d'autres avant lui (Tacite, dans ses Mœurs des Germains, Fortescue et Bodin, déjà cités), l'exemple étranger a moins de valeur en soi que comme illustration d'une thèse, ou comme élément — point toujours vérifié — de conviction ou de discussion.

Il ne faut pas s'en étonner du reste, car le cosmopolitisme du XVIII<sup>e</sup> siècle est à base d'intérêt humain, non de confrontation scientifique. Les philosophes aspirent alors à retrouver un droit naturel supérieur, sinon antérieur, aux lois existantes (« la raison humaine, en tant qu'elle gouverne tous les peuples de la terre », dit encore Montesquieu), et ce droit naturel seul mérite leur attention : les lois existantes ne sont que contingences passagères et, somme toute, négligeables. Il ne s'agit donc point de les confronter entre elles, mais tout au plus de les comparer à ce modèle qui les dépasse et les efface à la fois. L'âge des lumières est donc, par essence, étranger au véritable comparatisme juridique.

Ce comparatisme va naître, au siècle suivant, de la présence simultanée de législations positives, définies en termes concrets, et dont la comparaison devient nécessaire au développement des sociétés nouvelles. Ces sociétés nouvelles, en effet, nées de la révolution industrielle du début du XIX<sup>e</sup> siècle, autant que de la révolution politique de la fin du XVIII<sup>e</sup>, ont en commun des traits, des intérêts ou, au contraire, des rivalités qui les portent à s'observer les unes les autres. Le développement du commerce international, la facilité des relations humaines, les moyens nouveaux de communication — qui paraissent aussi prodigieux, en 1860, que les moyens modernes le paraissent aujourd'hui — développent un climat de curiosité, d'attention et de sympathie pour les institutions et les expériences étrangères ; et ce climat est entretenu bientôt par le succès des premières Expositions universelles. C'est ainsi que se constitue en France, en 1869, une Société de législation comparée dont la création a été souvent considérée comme le signe de l'avènement du droit comparé. L'année 1869 est à cet égard une année faste, car c'est celle où se crée, en Angleterre, à Oxford, la première chaire de droit comparé, une chaire de *Historical and Comparative Jurisprudence*, confiée à Sir Henry Sumner Maine, et où se fonde en Belgique la *Revue de droit international et de droit comparé*. Ajoutons qu'au Japon même, c'est l'année où, l'ère d'occidentalisation (*Meiji*) s'étant ouverte en 1868,

on entreprend la traduction des codes français pour servir de base à une codification moderne, et où les Universités reçoivent les premiers juristes d'Occident.

Si cette date a été souvent retenue, c'est surtout peut-être parce qu'elle marque le triomphe d'un mouvement jusque-là contrarié par des oppositions multiples, dont il faut mesurer l'importance.

Le XIX<sup>e</sup> est le siècle des codifications nationales. Dans l'esprit du XVIII<sup>e</sup> siècle, ces codifications parallèles auraient pu s'effectuer par la recherche d'un droit commun à tous les peuples, à la suite de larges confrontations. Frédéric II de Prusse avait ainsi soumis d'avance le Landrecht de 1794 à des discussions ouvertes, et le Roi de Bavière en avait fait de même pour le premier projet de ce qui devait devenir, après l'intervention de Feuerbach, le Code pénal de 1813. Bonaparte, soucieux de bien préparer son Code civil, avait institué en 1801 au Ministère de la Justice un Bureau de législation étrangère et ce titre rendait alors un son tout nouveau. Mais ce Bureau disparut l'année même de la promulgation du Code — 1804 — et l'on sait que, pour plusieurs générations, les juristes français s'enfermèrent dans la seule exégèse de ce monument législatif : il était censé tout contenir ou l'on devait tout en déduire, sans appel à d'autres textes que le sien. Si son influence extérieure fut grande, il n'en reste pas moins que la politique des nationalités eut ensuite pour conséquence de provoquer, ou d'accentuer, le cloisonnement des législations.

L'absence de codification en Allemagne, à la même époque, aurait pu au contraire favoriser le comparatisme naissant. Il ne faut pas à cet égard oublier le rôle de certains hommes comme Mittermaier (1787-1867), à qui l'on doit précisément d'avoir créé, dès 1829, avec Zachariae, la première revue consacrée, pour partie au moins, au droit comparé (*Kritische Zeitschrift für Rechtswissenschaft und Gesetzgebung des Auslandes*). Mais ce mouvement devait être contrarié par la polémique entre partisans et adversaires de la codification, par l'opposition entre *heutiges romantisches Recht* et *deutsches Privatrecht* et, surtout, par l'influence de l'Ecole historique qui, avec Savigny, considère le droit comme le résultat nécessaire de l'organisation intérieure de la nation et de son histoire. On passe ainsi du « géographisme » de Montesquieu (*Esprit des Lois*, L. I, ch. 3) à un historicisme fermé sur lui-même, où le droit dérive moins des lois existantes que de fondements et d'exigences inéluctables : quel intérêt y a-t-il alors à s'inquiéter des lois étrangères ? A la fin du siècle, de même, le

positivisme juridique, qui dérive en partie de l'Ecole historique, et dont l'action est grande sur les civilistes et les publicistes de France et d'Allemagne, aura tendance — repoussant par là aussi bien le droit comparé que le droit naturel — à ne rien construire que sur le donné national.

Cependant, le droit comparé va néanmoins effectuer en quelque sorte une percée, à partir de 1860. Aux raisons politico-économiques tirées du développement des relations commerciales que nous avons déjà indiquées, on doit ajouter des raisons scientifiques tirées à la fois de ce qu'on appelle aujourd'hui la recherche fondamentale et de ce que l'on entend par la recherche appliquée.

Fondamentalement, les sciences exactes ont tiré de la comparaison des disciplines nouvelles. Cuvier, avec ses *Leçons d'anatomie comparée* (1800-1805), avait ouvert la voie ; on a parlé ensuite de physiologie, d'embryologie, puis de biologie comparées. On développe en Allemagne des recherches de grammaire comparée, et Sainte-Beuve impose en France l'expression de « littérature comparée », qui s'affirme en Angleterre avec la publication de la *Comparative Literature* de Posnett en 1876. Le transformisme de Lamarck, puis les doctrines de Darwin reposent sur la différenciation des êtres vivants, et la philosophie évolutionniste de Herbert Spencer, dont l'influence est grande sur les juristes, prolonge dans les sciences sociales cette action des sciences de la nature. Dès 1831, on crée au Collège de France une chaire « d'histoire générale et philosophique des législations comparées » à laquelle son premier titulaire, Lermnier, donne pour objet « la comparaison réfléchie des institutions sociales ». A vrai dire, ce beau programme ne sera pas rempli ; mais le successeur de Lermnier, Laboulaye, fondateur de la Société de législation comparée, déclarera dans la séance constitutive de 1869 que désormais chacun ressent le « besoin de connaître la législation et les manières de vivre de ses voisins ».

Cette recherche comparative, dès qu'elle prend conscience d'elle-même, devient aussi une recherche appliquée. Les statuts de la nouvelle Société de législation comparée définissent son objet comme « l'étude des lois des différents pays et la recherche des moyens pratiques d'améliorer les diverses branches de la législation ». Il semble que le second Empire reprenne ici le programme du « Bureau de législation étrangère » de Bonaparte. Ainsi apparaît une première conception de l'utilité du droit comparé : informer, de manière précise et rigoureuse, sur les institutions étrangères et chercher, dans les expériences des autres pays, des moyens techniques de parer aux lacunes ou aux imperfections du droit

national. Les lois françaises sur les sociétés commerciales, le chèque, le droit maritime de la deuxième moitié du XIX<sup>e</sup> siècle s'inspirent ouvertement des systèmes étrangers et de même, en Allemagne, à la même époque, les réformes, également de droit commercial, sont précédées d'enquêtes sur les institutions étrangères. Il en va de même lors des travaux préparatoires du BGB, dont l'exposé des motifs révèle à quel point il a été fait appel, pour toutes les questions importantes, à la recherche comparative. Notons encore, dans le même sens et à la même période, l'effort entrepris en Suisse par Lehr, premier titulaire de la chaire de droit comparé de Lausanne — la première créée dans la Confédération — pour faire connaître, en des monographies successives, les droits étrangers (russe, anglais, scandinave), et l'œuvre d'Eugène Huber qui, dans un ouvrage monumental paru de 1886 à 1893 (*System und Geschichte des schweizerischen Privatrechtes*), compare le droit privé des cantons suisses, préparant ainsi, toujours par une étude comparative, le Code de 1907.

Le fin du siècle ne verra cependant pas le seul triomphe de la science appliquée. Déjà, en 1857, Emerico Amari avait publié à Gênes une *Critica di una scienza delle legislazioni comparate* où cet initiateur des études comparatives en Italie rattachait la comparaison des droits à la recherche d'une science juridique universelle. Les études de théorie générale du droit connaissent alors un remarquable développement ; et la recherche d'une « science générale du droit » constitue bien un dépassement de la pure technique juridique nationale. En ce sens Ihering, dans son célèbre *Esprit du droit romain*, dira que la communauté des peuples se réalise par un système réciproque d'emprunts et de prêts qui rend indispensable l'étude systématique des lois et des institutions des autres nations. Mais cette quête du « vrai droit », de ses sources et de ses méthodes risque également de contrarier le développement du droit comparé. En France, François Gény peut construire toute son œuvre en dehors, pratiquement, de la recherche comparative ; et si, en Allemagne, Kohler est revendiqué souvent par les comparatistes, à juste titre d'ailleurs, puisqu'il fut, entre autres choses, le fondateur en 1878 de la *Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft*, encore faut-il observer qu'il est surtout un philosophe du droit et que, partant de l'évolution historique, il cherche moins à saisir la réalité des institutions, passées ou présentes, que leur devenir possible, pour en dégager un droit institutionnel plus significatif, plus vrai en quelque sorte que celui qui existe ou a existé (cf. *Einleitung in die vergleichende Rechtswissenschaft*, 1885).

Peut-être néanmoins est-ce ce double mouvement ou cette contradiction apparente des doctrines qui conduit à l'extraordinaire synthèse de 1900. Cette année-là, à l'occasion de l'Exposition universelle qui, à Paris, ouvre le siècle nouveau, la Société de législation comparée y convoque un Congrès international de droit comparé. Les plus grands juristes de l'époque y participent et le retentissement en est considérable. Un de ses principaux animateurs, Raymond Saleilles, expose, dans son rapport de synthèse, le chemin parcouru depuis trente ans. A la « vulgarisation de la vie juridique particulière des peuples civilisés », qui, selon lui, marquait la période de 1869, il convient de substituer une science nouvelle, « la science du droit comparé, au sens juridique du mot », discipline nouvelle « indépendante et autonome », ayant pour objet de « dégager de l'ensemble des institutions particulières un fond commun, ou tout au moins des points de rapprochement susceptibles de faire apparaître, sous la diversité apparente des formes, l'unité foncière de la vie juridique universelle ».

Cette profession de foi marque, de manière ostensible, la naissance — ou la renaissance — du droit comparé comme tel. On notera seulement, pour l'instant, que pour y parvenir on est passé de la curiosité cosmopolite à la considération des *lois*, puis de la « législation étrangère » à la « législation comparée », pour aboutir enfin au « droit comparé », c'est-à-dire à la science juridique comparative proprement dite. C'est d'elle, désormais, dont nous avons à nous occuper.

## II

# LE DÉVELOPPEMENT DU DROIT COMPARÉ AU XX<sup>e</sup> SIÈCLE

Comme nous venons de le voir, et comme l'ont souligné de nombreux auteurs, le droit comparé n'a réussi à se faire reconnaître comme tel et sous son appellation propre qu'à la fin du XIX<sup>e</sup> siècle ; mais c'est le Congrès de 1900 qui peut être regardé comme « l'acte de naissance du droit comparé moderne » selon l'expression de H. C. Gutteridge. En moins de trois quarts de siècle, ce droit comparé devait connaître un développement considérable. Toutefois, en même temps, il est passé par trois phases successives, qu'il importe de bien distinguer, car à chacune d'elles le *pourquoi* de la recherche comparative a été compris de manière différente. Il convient donc de les passer en revue successivement, en essayant d'en dégager chaque fois le caractère.

### *1. La phase constitutive de la science juridique comparative*

Cette première phase débute avec le Congrès de 1900. Les travaux de ce Congrès de 1900 remplissent deux solides volumes, dont la consultation reste la base indispensable de toute étude générale sur le droit comparé comme discipline juridique. Ils ont été le point de départ d'une série d'ouvrages dont le premier en date — et peut-être aussi en importance — est celui qu'Edouard Lambert consacra, en 1903, à *La fonction du droit civil comparé*. L'idée fondamentale des comparatistes de l'Ecole alors nouvelle est, il faut y insister, que la comparaison des droits, scientifiquement organisée, doit mettre en lumière, sous la diversité des solutions nationales et la divergence des législations existantes, un fond commun dont Saleilles avait proclamé l'existence. Ce fond commun sur lequel on va beaucoup discuter est, en définitive,

constitué par « les principes généraux du droit reconnus par les pays civilisés », selon la formule qu'emploiera plus tard le célèbre article 38 des Statuts de la Cour permanente de justice internationale. Le droit comparé se donne donc d'abord pour tâche essentielle de rechercher et de formuler ces principes communs.

Il importe de bien comprendre ce que l'Ecole nouvelle des comparatistes entend par là. Il ne s'agit pas, notons-le bien, de principes abstraits, découverts par le seul raisonnement ou la seule logique juridique et sur lesquels des représentants de systèmes différents pourraient se mettre d'accord *in abstracto* ; le problème n'est pas de définir, par une pure opération de l'esprit, un droit idéal que l'on chercherait ensuite, par la persuasion ou par la démonstration de son excellence, à faire entrer dans une loi positive acceptable pour tous. Il ne s'agit pas davantage de la recherche d'un « droit naturel » antérieur ou extérieur, et en tout cas supérieur au droit « des peuples de la terre », car il n'est pas question de reprendre la démarche de Bacon, de Grotius, de Pufendorf ou de Rousseau, ni même de dégager « l'esprit des lois » en tant que donnée universelle au sens de Montesquieu. La comparaison méthodique des législations et des institutions juridiques doit faire seulement apparaître que, sous des formulations peut-être différentes, certaines normes de droit positif se retrouvent, d'un système à l'autre : elles constituent donc des règles de « droit commun législatif », selon l'expression de Lambert, et la fonction essentielle du droit comparé consiste, précisément, à dégager ces règles communes d'une réalité juridique multiple. Les comparatistes de 1900, dans leur immense majorité, sont, ne l'oublions pas, des adeptes du positivisme juridique.

Telle est la position de base du comparatisme juridique du début du siècle. Cette conception comporte quelques conséquences précises :

- a) Ce droit commun législatif ne peut évidemment exister qu'entre pays de même développement politico-social, économique et moral ; c'est en ce sens que l'on se limitera au « droit des pays civilisés » ;
- b) pour la même raison, le comparatiste ne devra jamais comparer que des choses comparables ; et ce critère de la *comparabilité* va, nous y reviendrons, poser des limites, avant d'apporter quelque trouble, à la recherche comparative ;

c) enfin, ce droit commun, sauf exceptions négligeables (et du reste de peu d'intérêt pour la véritable recherche comparative) ne dérive pas de l'identité formelle des règles de droit. Il n'est donc pas question, comme on le faisait au XIX<sup>e</sup> siècle, de relever des « concordances » entre le Code Napoléon, par exemple, et tel ou tel Code civil étranger. Il faut savoir dépasser la divergence des règles pour retrouver « l'unité foncière du droit ».

Il résulte en définitive de cette démarche scientifique qu'à la « législation comparée » succède un « droit comparé » qui ne se limite plus à la seule confrontation des textes de lois, mais prend en considération la jurisprudence, la pratique (commerciale, administrative ou notariale), les doctrines des auteurs et, on y insiste beaucoup, la formation historique et l'évolution de l'ensemble du régime de droit considéré. On débouche ainsi sur une notion nouvelle : celle de *système juridique* en tant que complexe éthico-juridico-social, différent de la seule législation normative d'un pays donné. Notion riche, nous le verrons bientôt, de développements futurs et pourvue, pourrait-on presque dire, d'un dynamisme qui, à l'époque suivante, en arrivera à bousculer l'équilibre de la science comparative.

Restons encore cependant, pour quelques instants, au début du siècle. Est-ce parce qu'il s'agit de ce que nous appelons couramment, faute de l'avoir connue peut-être, la « belle Epoque » ? La conception comparative de 1900 s'épanouit, en quelque sorte, dans l'euphorie. Trois éléments principaux y concourent.

D'abord une certaine confiance heureuse dans la science. On est encore à l'époque où l'on croit pouvoir tout attendre, et ne rien craindre, du progrès scientifique. Ce progrès, alors certain, concourt nécessairement, croit-on aussi, ce qui nous paraît aujourd'hui discutable, au « progrès humain » et la science ne peut offrir — autre illusion — que des moyens nouveaux de protéger l'homme. Dans la mesure où l'étude comparative se veut rigoureusement scientifique, elle entend dépasser les égoïsmes nationaux et permettre à chacun de profiter des découvertes des autres. Le droit comparé se place ainsi sous le signe de la confiance absolue que l'on fait alors aux possibilités de la science. Il y a du scientisme chez les comparatistes de 1900.

En même temps leurs efforts se déroulent dans ce qu'on peut appeler le « climat de La Haye ». C'est en 1899 que la première Conférence de La Haye a adopté une convention constituant une Cour permanente d'arbitrage appelée à résoudre pacifiquement

les litiges entre les nations. La Conférence de 1907 va plus loin en établissant le programme d'une Cour de justice arbitrale ; et pendant ce temps, toujours à La Haye, une série de conventions interviennent pour unifier les règles de droit international privé en matière de procédure (1896-1905), de mariage, de divorce et de tutelle (1902-1905), de successions et de testaments (1905). Sans doute, la Belgique puis la France les dénonceront immédiatement avant ou pendant la première guerre mondiale ; mais, à la veille du conflit de 1914, elles sont encore en vigueur dans plus de dix Etats, et la convention sur la procédure, dans seize. Ainsi se crée le climat d'une recherche d'accord international sur les points de divergence, de concessions réciproques et, si possible, d'harmonisation des politiques juridiques. Le « droit commun législatif » ne doit-il pas en être le plus bel exemple, peut-être, puisqu'il dérive de la coopération raisonnée entre juristes appartenant à des systèmes différents ?

Enfin, un dernier élément favorise cette conception du droit comparé : ce qu'on pourrait appeler le dualisme ou le bipartisme de 1900. Cette date, ne l'oublions pas, est celle de l'entrée en vigueur du BGB. Or, la promulgation du nouveau Code civil allemand n'a pas seulement marqué le triomphe, en Allemagne, des partisans de la codification sur les tenants de l'Ecole historique ; elle a été précédée et suivie de discussions singulièrement favorables au développement du comparatisme. La mise au point du BGB, nous l'avons déjà noté, s'est accompagnée en Allemagne d'une sérieuse enquête comparative. Ailleurs, elle a été suivie avec attention ; et c'est en en suivant le développement que Saleilles, d'abord attiré par le droit pénal (cf. *L'individualisation de la peine*, 1898), est devenu un comparatiste de droit privé. Dès lors, le thème essentiel de la comparaison va être la confrontation du vieux Code Napoléon avec le jeune BGB. On se plaira à relever les différences de technique législative (la loi d'introduction, l'ampleur de la partie générale, la division des matières), la position du Code nouveau à l'égard de l'acte juridique, de la déclaration de volonté, du rôle de la bonne foi, et jusque dans les règles légales appliquées à des situations spéciales comme le rattachement de l'enfant illégitime à sa mère ou le transfert de la propriété par le contrat de vente. Ces différences peuvent être parfois importantes, du point de vue pratique, comme le sont notamment les deux dernières. Elles résultent néanmoins de positions délibérément choisies à la lumière de la doctrine romaniste, et dans le cadre d'une méthode d'exposition et de raisonnement largement commune

aux deux systèmes. On est en présence de législations strictement « comparables » et qui peuvent l'une et l'autre s'enrichir de leurs emprunts réciproques, sans compromettre la structure de leur système. Avec le Code suisse de 1907, la comparaison dualiste s'enrichit d'un système intermédiaire, d'une technicité moins affirmée, on oserait presque dire moins agressive, que son modèle allemand, d'un style plus concis et plus simple, mais aussi d'une analyse plus poussée que celle du Code français de 1804. En tout cas, la confrontation — à un moment où elle est en fait presque exclusivement privatiste — s'établit à l'intérieur d'un cadre strictement romano-germanique.

## *2. Le droit comparé entre les deux guerres*

La seconde phase du développement comparatiste suit la première guerre mondiale. Beaucoup d'événements facilitent ce développement. La carte politique de l'Europe est profondément remaniée ; des Etats anciens disparaissent, des Etats nouveaux se constituent, d'autres se reconstituent ou absorbent des territoires nouveaux : tous auront une tâche législative considérable à accomplir. A l'unité politique doit en principe correspondre une unification du droit qui suppose le rapprochement préalable et comme le brassage des législations différentes en vigueur sur les diverses parties du territoire. C'est ainsi, pour ne citer qu'un exemple, que dans la Roumanie agrandie d'après la première guerre le Conseil législatif (institué par la Constitution de 1923 et régi par une loi du 26 février 1925) reçoit pour mission d'assurer, à l'intérieur du pays, l'unité des conceptions, des méthodes et de la terminologie, afin de permettre une cohésion et une unification intérieures, grâce, aussi, à des recherches comparatives et à des liaisons avec l'étranger.

Plus encore qu'à la période précédente, mais désormais dans un autre esprit, la coopération juridique internationale est à l'ordre du jour. On dépasse ainsi le climat pacifiste et conciliateur de l'avant-guerre à La Haye. Le Pacte de la Société des Nations, complété par la Résolution de l'Assemblée du 13 décembre 1920, a structuré la Cour permanente de justice internationale, dont l'article 38, déjà cité, éveille la curiosité des comparatistes autant peut-être que celle des internationalistes. Donnant suite à des résolutions de l'Assemblée de 1920 et de 1921 et à un accord de 1924, une loi française du 6 août 1925 crée à Paris un Institut interna-

tional de coopération intellectuelle ayant pour objet de travailler sous la direction de la Commission correspondante de la Société des Nations « au progrès de l'organisation du travail intellectuel dans le monde par la collaboration internationale ». Cette institution nouvelle fait naître de grands espoirs chez les comparatistes. L'action de la Société des Nations — on aura l'occasion d'y revenir — n'a été négligeable ni sur le plan de l'unification des droits ni, spécialement grâce au Bureau International du Travail, sur celui de l'harmonisation internationale des conceptions en matière de droit social.

L'unification des droits ! L'idée, quoi qu'on en ait dit, est alors, sinon entièrement nouvelle, du moins animée d'un dynamisme tout nouveau. Les comparatistes de 1900 voulaient seulement rechercher, découvrir ou constater des similitudes déjà existantes entre les législations et des constantes juridiques entre les systèmes. Ceux de 1925 vont beaucoup plus loin en affirmant, notamment avec Lévy-Ullmann en France, que le temps est venu de bâtir le « droit mondial du XXe siècle ». C'est là une transformation considérable de la conception universaliste qui a animé l'Ecole comparatiste française depuis son fondateur Saleilles, et son premier grand interprète, Edouard Lambert. Ce mondialisme ambitieux, fait d'un mélange singulier d'esprit scientifique, de générosité et d'illusion, donne une finalité nouvelle et précise au droit comparé : le rapprochement des institutions juridiques n'a plus seulement pour but de dégager l'unité d'un droit sous-jacent derrière ses expressions nationales ; il doit conduire à imposer aux Nations, désormais constituées en société internationale, un droit unique ou uniforme, à la fois signe de leur compréhension et gage de leur entente pacifique.

Ce nouvel universalisme trouve bientôt de nouveaux moyens d'expression. La Société des Nations fonde à Rome, en 1928, sur l'initiative du Gouvernement italien, un Institut international pour l'unification du droit privé, dont l'œuvre ultérieure, sur laquelle nous aurons l'occasion de revenir, devait être remarquable, et en 1924 est constituée l'Académie internationale de droit comparé de La Haye, groupant tous les grands comparatistes de l'époque et dont les congrès, aux larges programmes, allaient avoir un retentissement considérable. Or, parmi ses buts, l'Académie internationale de droit comparé fait figurer en bonne place l'unification du droit. Notons encore que l'Association internationale de droit pénal, également fondée en 1924, se donne pour objet de réunir les criminalistes de toutes les écoles aux fins de concertations

communes : son action a été grande sur le vaste mouvement de codification qu'on a appelé la « législation pénale de 1930 », et où les échanges internationaux sont nombreux. Bientôt s'en détache, patronné encore par la Société des Nations, un Bureau international pour l'unification du droit pénal qui, dans son domaine propre, cherche à traduire l'universalisme mondialiste de l'époque.

Cet universalisme prend en même temps un autre aspect, qui va donner une direction nouvelle aux études comparatives. Nous avons dit, en simplifiant à peine les choses, qu'en 1900 le droit comparé, alors naissant, était « dualiste » et s'attachait surtout à la confrontation du Code Napoléon et du BGB : la comparaison courante s'établissait entre « droits latins » et « droits germaniques », et l'on était alors dans le domaine rassurant des « choses comparables ». A partir de 1920, les comparatistes du Continent prennent conscience de l'existence, de l'importance et de l'extension du système de common law. En face de leur technique sans surprise, sinon sans difficulté, ils découvrent un monde nouveau, où les méthodes, les concepts, l'approche des problèmes concrets, sont radicalement différents des leurs, ou n'existe même pas, au sens continental du mot, la division du droit public et du droit privé, où les notions de droit commercial ou de droit administratif ne sont pas traditionnellement admises, où ils doivent s'habituer au contraire à la division de la common law et de l'Equity, où la *real property* constitue un monde hermétique, où il leur faut assimiler le sens de termes intraduisibles directement en langage continental, comme la *consideration*, le *trust*, la *specific performance*, l'*estoppel*, le *trespass*. Certes, quelques juristes du système romaniste s'emparent encore du vieux critère de la comparabilité pour continuer à borner le droit comparé à des comparaisons purement continentales comme la confrontation du Code italien et du Code suisse. Mais un vaste mouvement se dessine sur le Continent pour l'étude ou l'approche systématique de ce système de *case law*. Edouard Lambert, qui fonde à Lyon, après la guerre de 1914, le premier institut de droit comparé (innovation qui fera tache d'huile), lui donne d'abord cet objet ; et Lévy-Ullmann, créateur de l'Institut de droit comparé de Paris (1932), oubliant les tentations du droit mondial, comme son collègue de Lyon se détache du droit commun législatif, se consacre en définitive à l'étude rigoureuse du système juridique de l'Angleterre.

Ces tentatives continentales ne sont pas sans contrepartie ; et c'est ainsi que le juge américain Parker, qui avait accompagné en France le Président Wilson en 1919, frappé de la différence des

systèmes et de la nécessité de les étudier, fonde à cet effet aux Etats-Unis la *Parker School of Foreign and Comparative Law*. En 1925 se constitue également, aux Etats-Unis, l'*American Foreign Law Association*, qui continue et renforce l'œuvre entreprise par l'*American Comparative Law Bureau*, créé en 1908 par l'*American Bar Association*. L'intensification des rapports entre l'Amérique du Nord, pays de common law, et l'Amérique latine, tributaire du système romaniste, favorise ces efforts juridiques et, tandis que, sur le plan du droit constitutionnel, le régime présidentiel des Etats-Unis fait sentir son influence sur les républiques sud-américaines, le droit privé américano-latin absorbe à son tour des institutions aussi spécifiquement anglaises que le *trust*. Entre les deux guerres, le droit comparé s'oriente donc essentiellement vers la confrontation entre *civil law* et *common law*. En ce qui concerne les Etats-Unis, d'ailleurs, une mention spéciale doit être faite, à cette époque, de la publication, par le professeur J. H. Wigmore, d'un vaste *Panorama of the World's Legal Systems* (3 vol., 1928), dont le but est d'intéresser tous les membres de la « profession juridique » américaine aux systèmes de droit différents du leur.

Tous ces éléments concouraient au développement du comparatisme ; mais les difficultés politiques, financières et sociales des Etats européens, la survenance de la grande crise économique et surtout l'avènement des régimes autoritaires compromettent le climat de la coopération internationale. Déjà la Russie soviétique s'est, depuis 1917, pratiquement séparée de l'Europe occidentale. Bientôt des régimes totalitaires, dont le national-socialisme allemand et le fascisme italien ne sont que les exemples les plus caractéristiques, prônent le retour aux sources autochtones, le rejet des importations étrangères, la méfiance envers les échanges qui ne se comprennent que dans une atmosphère libérale. Dès 1917, des juristes français et italiens avaient songé à une unification possible des deux droits dans la matière des obligations civiles ; ainsi prit corps un grand projet de Code franco-italien des obligations qui, mis au point par les plus grands spécialistes des deux pays, fut publié en 1929. Il eut un grand retentissement doctrinal ; mais un tel rapprochement était contraire aux objectifs que s'assignait désormais le gouvernement fasciste, et l'œuvre fut abandonnée. La période qui précéda la deuxième guerre mondiale était moins favorable que jamais aux confrontations comparatistes, qui sont par essence pacifiques : le cataclysme de 1939-1945 marqua l'éclipse du droit comparé.

### 3. *Le droit comparé depuis la seconde guerre mondiale*

Une nouvelle période commence après la fin des hostilités. Elle est bien différente de celle qui suivit 1919. Les Nations Unies ont beau s'efforcer de prendre la succession de la Société des Nations, de faire succéder la Cour internationale de justice à la Cour permanente de justice internationale d'après la première guerre et de susciter, en matière de coopération juridique, le rapprochement des systèmes et la défense des droits fondamentaux, malgré des initiatives utiles, le climat de confiance et d'optimisme ancien a disparu. La confrontation des systèmes pose au surplus des problèmes nouveaux et délicats. De plus, et tout d'abord même, le droit comparé traverse une crise. Soulignons bien ces deux aspects essentiels de la troisième phase de l'évolution comparatiste au XXe siècle.

Une fois de plus, les événements politiques viennent transformer la position respective des systèmes. La disparition de la tyrannie national-socialiste et du fascisme mussolinien ne rétablit pas pour autant l'atmosphère « libérale » de 1900 ou de 1925. Le monde se divise en deux blocs antagonistes et le passage de la guerre froide à la coexistence pacifique, puis à une sorte de coopération à la fois prudente, défiante et néanmoins délibérée, a des répercussions inévitables sur ces relations juridiques internationales sans lesquelles ne se conçoit pas le droit comparé. Si, selon la doctrine marxiste, le droit, au sens traditionnel du terme, n'est qu'une superstructure de la société capitaliste ou une expression de la lutte des classes destinée à disparaître dans un régime vraiment communiste, la comparaison du « droit bourgeois » et du « droit socialiste » a peu de sens ; et longtemps les juristes socialistes se défieront du droit comparé, où ils ne prétendront voir qu'une expression et un moyen de propagande de l'impérialisme capitaliste. Les juristes occidentaux, de leur côté, après avoir trop longtemps voulu oublier le droit soviétique comme ne constituant pas un véritable système de droit, commettront l'erreur de vouloir le réduire ensuite à leurs catégories habituelles, au point de lui dénier son originalité essentielle. Ceux qui veulent réellement connaître le droit des démocraties populaires devront en effet assimiler des notions telles que la légalité socialiste, la planification, les formes diverses de la collectivisation (du *kolkhoze* au *sovkhoe*), le centralisme démocratique, le délit économique (au sens de cette expression dans les pays de l'Est) et comprendre comment la théo-

rie du dépérissement du droit peut se concilier — au moins dans la phase de construction du socialisme — avec la liaison étroite de l'Etat et du droit. De toute manière, un régime juridique nouveau a pris place dans la géographie juridique moderne ; et l'emploi qu'il fait de certaines méthodes romanistes d'exposition ou même de développement ne doit pas faire illusion : c'est sa structure économico-sociale, radicalement différente de celle des pays occidentaux, qui seule peut l'expliquer.

Ainsi, à la comparaison germano-latine de 1900 et à l'opposition entre système continental et système anglo-américain de 1925 succède un clivage nouveau entre droit occidental et droit socialiste. A tout le moins doit-on reconnaître l'existence d'un troisième grand système moderne, à côté du système romaniste et du système de common law. La situation va du reste bientôt devenir encore plus complexe avec la décolonisation et l'apparition des pays du Tiers Monde en tant que réalités politico-juridiques. Où les situer et comment en comprendre l'étude ? La confrontation des systèmes qui, après 1950, paraissait s'établir selon un axe Est-Ouest, ne doit-elle pas être ensuite (ou aussi) poursuivie selon un axe Nord-Sud ? Une grande organisation scientifique comme l'Association internationale des sciences juridiques, dont le Conseil directeur est le Comité international de droit comparé, constitué par l'Unesco, y a été, ces dernières années, particulièrement attentive. Nous aurons à revenir sur cet aspect de la coexistence des systèmes.

A ces problèmes de « géographie juridique » s'ajoute d'ailleurs, depuis 1945, un problème méthodologique considérable, qui relègue au second plan les controverses doctrinales, traditionnelles depuis 1900, sur la nature et la fonction du droit comparé. Dans son célèbre ouvrage, *Comparative Law*, publié en 1946 et présenté comme *An Introduction to the Comparative Method of Legal Study and Research*, H. C. Gutteridge affirme que le droit comparé n'est pas, comme on l'affirmait jusqu'alors, une branche autonome de la science du droit : il consiste uniquement dans l'emploi d'une méthode particulière, la « méthode comparative », dont il peut — et même il devrait — être fait usage dans toutes les branches du droit. Cette doctrine remporte un succès considérable. Nous aurons à la retrouver bientôt ; constatons d'emblée que, poussée en ses conséquences logiques, elle a pour effet de faire disparaître, avec le « comparatiste », ce novateur de 1900 ou de 1925, le « droit comparé » lui-même. Le problème sera donc de savoir si ce droit comparé existe, ou s'il faudra se contenter d'inviter chaque spécialiste d'une discipline juridique à se préoccuper, à côté

des solutions de son droit national, des solutions, ou des doctrines, étrangères.

Sans entrer, pour l'instant, dans le détail de la controverse, notons qu'elle s'explique à notre sens en grande partie, sur le terrain même du *pourquoi* de la recherche comparative, par les déboires auxquels avait conduit la pratique antérieure du droit comparé. D'une part, dans la ligne du Congrès de 1900 et de l'ouvrage d'Edouard Lambert, une littérature, d'une haute valeur scientifique d'ailleurs, avait continué à discuter, dans l'abstrait, la fonction du droit comparé ; mais elle avait fini par perdre contact avec le droit vivant, qu'elle prétendait cependant expliquer. D'autre part, l'intérêt grandissant pour le droit étranger concret avait, au contraire, suscité certaines études hâtives sur les institutions des divers pays et favorisé des rapprochements superficiels. Il était temps de réagir à la fois contre l'excès des querelles méthodologiques et l'insuffisance d'un certain dilettantisme comparatiste. Les juristes comparatistes entreprenaient cette double réaction grâce, d'abord, à une sévère autocritique. On a parlé, à cet égard, d'une crise du droit comparé. Les littéraires, de leur côté, ont dénoncé la « crise de la littérature comparée ». Y aurait-il donc une crise du comparatisme, et, dans ce cas, quelle crise : crise de conscience ou crise de croissance ? Contentons-nous, pour l'instant, de poser la question.

### III

## LES PROBLÈMES MÉTHODOLOGIQUES DU POINT DE VUE DOCTRINAL ET THÉORIQUE

On a vu que, si le droit comparé peut être considéré comme une création du XIX<sup>e</sup> siècle, c'est néanmoins pendant la première moitié du XX<sup>e</sup> qu'il s'est constitué en discipline scientifique propre ; et nous avons constaté qu'il n'y parvient qu'en se dégageant de la comparaison ancienne des « législations étrangères » envisagées à travers la concordance des règles du droit national et du droit étranger. Voilà la grande découverte des hommes de 1900, dont les inventeurs sont d'ailleurs aussitôt embarrassés ; car, après trois quarts de siècle, cette nouveauté n'est pas encore assimilée, ni la science nouvelle définie et structurée, au point qu'on en arrive à en contester l'autonomie, la réalité scientifique, sinon l'existence même. Le moment est venu pourtant de nous interroger sur ce point essentiel : que représente le droit comparé au sortir de cette période de formation ?

Le *Vocabulaire juridique*, publié à Paris en 1936 sous la direction d'Henri Capitant, définit le droit comparé comme « la branche de la science du droit ayant pour objet le rapprochement systématique des institutions juridiques des divers pays » (p. 208). Cette définition correspond à celle de l'Académie internationale de droit comparé de La Haye, à la fois dans ses statuts au jour de sa fondation (13 septembre 1924, v. *Mémoires de l'Académie*, vol. II, t. I, p. 21 (Paris, 1934) : « le rapprochement systématique et la conciliation des lois ») et dans ses deux premiers Congrès internationaux de 1932 et de 1937. C'est, peut-on dire, la phase constructive de la doctrine comparatiste moderne ; mais cette phase constructive sera, nous l'avons indiqué déjà, suivie d'une phase critique, sinon négative, à laquelle également nous avons fait allusion, mais qu'il faut examiner de plus près. Attachons-nous donc

plus spécialement à ces deux aspects successifs, voire contradictoires, pour en tirer ensuite quelques conclusions sur l'état actuel de la doctrine comparatiste.

### *1. Les controverses méthodologiques de la première moitié du siècle*

La définition, la délimitation et l'évaluation scientifique de la discipline comparative ont suscité pendant cinquante ans, nous l'avons indiqué déjà, une littérature abondante et souvent remarquable. Nous n'entendons pas l'examiner ni la discuter, non seulement faute de temps, mais parce que nous n'entendons pas présenter ici un exposé de méthodologie épistémologique. Au surplus, il suffit à cet égard de renvoyer à des ouvrages bien connus, et nous pouvons nous borner à citer, pour l'instant, la monumentale *Introduction à l'étude du droit comparé*, recueil d'études en l'honneur d'Edouard Lambert, publié par la Faculté de droit de Lyon en 1938 avec la collaboration des plus grands comparatistes de l'époque. Cet ouvrage fait admirablement le point de ce qu'on entendait par science juridique comparative à la veille de la dernière guerre. Il n'est que de s'y reporter du reste pour apercevoir aussitôt combien beaucoup de ces constructions doctrinales, et les controverses qu'elles entraînaient, nous paraissent aujourd'hui quelque peu gratuites.

La diversité, et souvent les oppositions entre ces doctrines proviennent de ce que la plupart des auteurs ont cherché à définir et à construire le droit comparé en fonction du but qu'ils lui assignaient : c'est par sa finalité que l'étude comparative se voyait assigner sa nature et sa méthode. Cette constatation laisse déjà un doute sur la légitimité de cette démarche scientifique ; car une science s'entend d'abord de la systématisation de connaissances relatives à un ordre particulier de phénomènes, et sa finalité n'est autre que la connaissance elle-même. Sans entrer plus avant dans cette discussion — qui nous conduirait en définitive à nous demander si le droit, et non pas seulement le droit comparé, constitue bien une science — remarquons tout de suite qu'au moment où il s'affirme avec le plus de fermeté en tant que discipline scientifique, le droit comparé se présente, implicitement au moins, comme un art autant qu'une science, puisqu'il s'assigne une autre fin que la connaissance systématique désintéressée. C'est un point que nous ne devons pas oublier.

Ces observations faites, il reste que le droit comparé consiste fondamentalement dans la constatation des points communs et des divergences qui existent entre deux ou plusieurs droits nationaux. Il est donc essentiellement un processus de comparaison, et en ce sens l'expression de « droit comparé » a pu être légitimement critiquée ; car, nous allons y revenir, il n'existe pas de « droit comparé » au sens où l'on parle de droit civil, de droit pénal ou de droit administratif ; la formule est équivoque, et en ce sens l'expression allemande de *Rechtsvergleichung* est certainement préférable. Mais les termes de droit comparé, *diritto comparato*, *derecho comparado*, *comparative law*, voire *sравnitelnoie pravo*, sont à ce point courants et acceptés qu'il ne saurait être question de les modifier ou même de les remettre en cause. Aussi bien, dans son domaine, le terme de « droit international privé » n'est-il pas davantage exact, et personne ne propose sérieusement de l'abandonner.

La comparaison, ou confrontation des droits, peut elle-même s'entendre de multiples façons. Pour situer la grande querelle méthodologique de la première moitié de ce siècle, sans encore une fois entrer dans le détail des controverses ni dans l'énumération des Ecoles, il nous paraît possible de distinguer trois directions principales de la systématique comparative. Nous n'en donnerons du reste qu'une vue rapide et purement schématique.

- a) Tout d'abord, une première conception — ou du moins une première tendance — consiste à procéder à l'étude de l'ensemble des droits positifs dans leur évolution et dans leur réalité effective. Certains s'inspirent ici des positions ethnologiques de Post et de Kohler pour tendre avec Lambert, à « l'histoire comparative des institutions ». Le droit comparé, envisagé d'abord comme une histoire universelle du droit, voudra ensuite s'attacher à définir les systèmes ou types de droit (notamment avec Gabriel Tarde, puis Lévy-Ullmann en France, ou avec Wigmore aux Etats-Unis), à dégager les causes et le développement des droits nationaux (Sauser-Hall), pour aboutir à un double usage de la méthode historique et de la méthode sociologique rapprochant le droit comparé de la sociologie juridique (Ascarelli ; Rheinstein ; Jerome Hall) ou opposant la dogmatique juridique à l'étude comparative du phénomène juridique et de son évolution (Rotondi).

- b) Une autre tendance incline vers un droit comparé normatif ; mais elle prend elle-même des aspects divers. Roguin, dans des ouvrages célèbres au début du siècle, Arminjon, Nolde et Wolff dans leur *Traité* de 1950 procèdent à la confrontation des concepts juridiques classés par catégories et passent en revue les différentes branches du droit, tout au moins du *droit privé*, dans les divers systèmes juridiques. Nombreux surtout seront ceux qui s'efforcent de dégager les principes communs des Nations civilisées : c'est l'objet même de l'Ecole universaliste française de la première moitié du siècle ; c'est encore l'objectif de Rabel, d'ailleurs très soucieux, lui aussi, d'appréhender le droit vivant dans tous ses éléments constitutifs, pour en extraire des « notions juridiques générales ». C'est encore, en des sens divers, le cas d'auteurs tels que Martinez Paz, A. Schnitzer ou A. Otetelisano (dans des œuvres de nature et de portée d'ailleurs très différentes). En poussant plus loin cette manière de voir, on dégagera l'idée d'une *science universelle du droit*, atteinte par le droit comparé, et tendant à considérer le phénomène juridique comme expression de l'unité fondamentale de l'esprit humain (G. Del Vecchio et Sarfatti) ou comme une recherche, à travers les systèmes positifs, d'un idéal commun de justice (Yntema).
- c) Une troisième tendance, qu'a illustrée notamment Roscoe Pound, voit d'abord dans la comparaison des droits nationaux un dépassement systématique du particularisme national qui pourra fournir ensuite des bases d'un système juridique universel ; mais, ce qui est important à noter, il le fera moins par l'unité de ses règles positives que par la coordination des efforts et par la création d'un climat international nouveau. C'est en ce sens aussi qu'Edouard Lambert, s'éloignant du « droit commun législatif » de 1900, donne pour but au Congrès de l'Académie de droit comparé de 1932 de « mettre les diverses sources du droit en mesure de coopérer efficacement au rapprochement progressif des droits nationaux, notamment sur le terrain du droit des transactions commerciales ou du droit des affaires ».

Arrêtons-nous ici, car nous voyons déjà s'amorcer un changement dans la doctrine comparative. Celle-ci paraît moins soucieuse désormais de spéculations méthodologiques que de réalisations concrètes. Elle est très consciente des nécessités pratiques du

monde « occidental » d'entre les deux guerres où se développe ce que Lambert, encore, appelle un droit corporatif, né de l'union spontanée mais résolue et bientôt réfléchie, des praticiens. Le commerce international, conscient de ses besoins, cherche ainsi à se forger coutumièrement ses propres lois. Après la seconde guerre mondiale, la théorie du droit comparé va prendre une face nouvelle, par la survenance d'une Ecole critique, sinon même, comme on dirait aujourd'hui, « contestataire ».

## 2. Les théories critiques d'après 1945

La théorie critique du comparatisme a été d'abord affirmée avec force dans un ouvrage auquel nous nous sommes déjà plusieurs fois référé, *Comparative Law*, de H. C. Gutteridge (1946) ; et elle a été reprise en France par M. René David (*Traité élémentaire de droit civil comparé*, 1960), en Angleterre par M. Hamson (*The Law : its Study and Comparison*, 1955), et en Italie par le regretté Tullio Ascarelli (*La funzione del diritto comparato e il nostro sistema di diritto privato*, 1949). Elle part de cette double constatation que, depuis cinquante ans, on n'est pas arrivé à formuler une définition acceptée par tous du droit comparé et que les querelles méthodologiques sur la fonction, la nature et la position du droit comparé en face des autres sciences juridiques n'ont abouti qu'à la plus grande confusion. Or, soutiennent les partisans de la doctrine nouvelle, on aurait évité ces discussions stériles et cette « logomachie », si l'on avait admis tout de suite que le droit comparé n'était ni une science spéciale, ni même une branche de la science du droit, et qu'il consistait seulement dans l'utilisation, pour n'importe quelle branche du droit, de la méthode comparative.

C'est là, observe-t-on, une vérité d'évidence ; car, d'une part, chaque branche du droit (civil, commercial, pénal) est constituée par un ensemble de règles positives méthodiquement coordonnées, et il n'existe pas à cet égard une « province du droit comparé » [le droit comparé n'est donc pas une branche du droit] ; d'autre part, le droit comparé — c'est-à-dire la recherche comparative — est inséparable de son objet, et nous avons vu que les conceptions qui en sont présentées se définissent en fonction de la finalité qu'on lui attribue [Le droit comparé, ajoute-t-on alors, n'est donc pas une science]. Le droit comparé, conclut M. René David, n'est

ainsi pas autre chose que « la méthode comparative appliquée dans le domaine des sciences juridiques ».

Cette doctrine, à la fois réaliste et cohérente, mettait fin à des controverses stériles ; et en même temps, elle comportait trois conséquences d'extrême importance. Tout d'abord, la méthode comparative, essence et substance du droit comparé nouveau, devait être définie, approfondie et même enseignée pour elle-même ; son usage demande une initiation préalable, et ainsi disparaissait ce dilettantisme comparatif qui, nous l'avons vu, avait sévi entre les deux guerres. En second lieu, la méthode comparative suppose la connaissance exacte des deux termes de la comparaison, c'est-à-dire du droit national, dont part naturellement le juriste, mais aussi du ou des droits qu'on entend comparer avec lui ; et cette connaissance ne s'entend pas de règles de droit isolées, qu'on juxtapose, mais de l'ensemble du système étranger envisagé dans sa structure, dans ses sources et dans son fonctionnement effectif. D'où l'importance primordiale reconnue à l'étude des systèmes de droit étranger, qui deviendra l'objet premier, sinon même peut-être l'objet unique du droit comparé dans son acception nouvelle. Affirmation importante qui, sous cette forme, comporte une orientation nouvelle du droit comparé : « l'ouverture sur les systèmes étrangers », sur laquelle nous allons avoir à nous expliquer bientôt. Enfin, cette nouvelle manière de voir conduit à se détacher des problèmes d'ordre théorique ou philosophique pour s'attacher aux problèmes concrets du droit vivant. La « reconversion » d'Edouard Lambert entre les deux guerres était à cet égard un exemple significatif. Renonçant à la poursuite du droit commun législatif, le fondateur de l'Institut de droit comparé de Lyon s'attachait, avec ce nouvel organisme, après avoir exploré le droit du Moyen-Orient, à observer — et à discuter — l'évolution du droit américain contemporain, à fournir des moyens d'études sur le droit de la Russie soviétique, puis à guetter, d'un point de vue international, le développement du droit du travail, d'une part, et, de l'autre, la naissance d'un droit corporatif (notamment celui de l'arbitrage international et des contrats-types) dans le domaine des rapports commerciaux, poursuivant et systématisant la tendance dont nous avons tout à l'heure marqué l'apparition.

Le succès de la théorie critique a été grand, surtout auprès de ceux qui, pour des raisons diverses, se défiaient de tout rapprochement unificateur des législations. Les Common lawyers, élevés dans une tradition insulaire et dans la défense d'un système substantiellement étranger aux conceptions et aux catégories romaines,

y ont trouvé un moyen de mieux repousser des rapprochements qui risquaient d'altérer leur droit et, surtout, les tentatives d'unification du droit. Les juristes des pays de l'Est, de leur côté, y ont vu l'occasion de reprendre contact avec les systèmes étrangers sans pactiser pour autant avec le « droit bourgeois » et sans accepter, eux aussi, un rapprochement des droits ou des institutions incompatible avec l'irréductibilité et la supériorité affirmées à priori du système de droit socialiste. Peut-être aussi cette auto-critique des conceptions antérieures était-elle, et cette fois pour les juristes élevés dans la tradition du système romaniste, une manière à la fois de reconnaître et de dominer la « crise du comparatisme », dont nous avons déjà parlé.

### 3. *Où en est la doctrine comparative moderne ?*

Les doctrines critiques ne manquent pas, on vient de le voir, de justification ni de portée. A la réflexion, cependant, des objections sérieuses viennent à l'esprit. La première consiste à relever la contradiction intime de la théorie nouvelle. Sa conclusion logique est que le droit comparé, en réalité, n'existe pas et, moins encore peut-être, le « comparatiste » dans son acception de 1900 ou de 1925 ; et néanmoins les tenants du style nouveau posent, à l'utilisation de la méthode comparative, des préalables, sans aucun doute nécessaires, mais exigeants, qui réclament une spécialisation du chercheur et une spécificité de la recherche, d'abord dirigée vers la connaissance exacte des systèmes étrangers. N'est-ce pas là faire réapparaître ce « droit comparé » et ce « comparatiste » qu'on entendait bannir ?

L'objection est d'autant plus forte que les défenseurs de la théorie nouvelle, on l'a vu, veulent examiner les institutions spécifiques de chaque système dans leur cadre général et se préoccuper de la fonction sociale du droit. Gutteridge déclare ainsi que les lois doivent être étudiées à la lumière de leur but socio-économique et qu'il faut s'attacher plus à leur aspect dynamique qu'à leur aspect statique, plus à leur signification réelle qu'à leur analyse purement doctrinale. Mais donner cet objet à sa recherche, n'est-ce pas justement faire de la science et non pas seulement user d'une méthode particulière ?

Un des arguments principaux des partisans de la théorie critique est, on le sait, que le « droit comparé » n'a pas un objet propre, comme les différentes branches du droit ; la méthode

comparative s'applique à des matières qui, affirme-t-on, relèvent en réalité d'une autre branche du droit. Cette affirmation qui, encore une fois, repose sur une vérité d'évidence, n'est pas pour autant décisive ; car alors, il faudrait dénier le caractère de science à la théorie générale ou à la philosophie du droit qui, elles aussi, opèrent sur des notions relevant de telle ou telle branche spéciale du droit. Dira-t-on alors que l'étude comparative constitue une étude de philosophie du droit ou de théorie générale ? Outre que ce serait revenir à certaines des conceptions de 1900, rejetées par la doctrine nouvelle, il est clair qu'il y a, dans le processus de la comparaison juridique, poursuivie sur le plan international du droit positif, un aspect substantiel et un contenu scientifique différent de celui des disciplines juridiques internes ou des disciplines générales auxquelles on vient de se référer. Si cet aspect et ce contenu ne sont pas toujours faciles à définir et à isoler, c'est, comme l'observe notamment M. Jerome Hall, que le droit comparé présente lui-même des aspects multiples ; car le processus comparatif va de la simple citation d'un code ou d'un arrêt étranger jusqu'à de vastes constructions de synthèses comme celles de Sir Henry Sumner Maine.

En réalité, la théorie critique n'a pas échappé à certaines confusions analogues à celles qu'elle reprochait à la doctrine comparatiste antérieure. Sans doute, elle affirme bien que le droit comparé ne se comprend et ne se définit que par l'objet qu'on assigne à la recherche comparative : faire connaître une institution de droit étranger, chercher une solution internationale à un problème concret, confronter la position de deux droits, même proches, sur un point particulier (par exemple, la notion de provision en matière d'effets de commerce), délimiter le cadre juridique de certains rapports internationaux, préparer une convention d'unification : on ne peut donc pas parler, comme voulaient le faire les théoriciens d'hier, d'une notion unique et d'une fonction, unique aussi, de la science juridique comparative. Mais précisément, la démarche du comparatiste aux prises avec ces tâches concrètes n'est pas plus uniforme, pas plus « une » que dans les constructions comparatives d'avant la dernière guerre. L'emploi de la comparaison est, en quelque sorte, à dimension variable. Tantôt elle ne sera qu'un adjuvant d'une recherche d'ordre interne ou d'un exposé de caractère purement général ; tantôt c'est un système étranger (pris en lui-même ou dans une de ses institutions spécifiques) qui sera l'un des termes de la comparaison. En pareil cas, et bien que l'on souhaite le voir étudier comme par un juriste appartenant à

ce système, il sera nécessairement abordé en tant que système distinct, au départ non connu ou non assimilé comme le système national ; la recherche ne sera donc pas — et ne pourra pas être — poursuivie comme dans une branche du droit interne ; cet élément « d'extranéité », pour parler comme les internationalistes, qualifie et transforme radicalement le processus de comparaison.

Peut-être pouvons-nous apercevoir alors en quoi le droit comparé, même dans ses aspects modernes les plus concrets, reste malgré tout *une science*. Il l'est, croyons-nous, de deux points de vue à la fois différents et complémentaires.

D'abord, sous sa forme d'approche des grands systèmes de droit en vigueur, il constitue, ou tend à constituer une *géographie juridique* analogue ou plus exactement parallèle à l'histoire des institutions du droit. Lambert — qui était lui-même passé de l'histoire du droit au droit comparé — l'avait compris dès 1900 quand il divisait la science comparative en deux branches essentielles dont la première était l'histoire comparative. Mais la proposition est encore plus vraie lorsqu'on donne au comparatiste pour tâche première la connaissance — on pourrait presque dire la « reconnaissance » — des grandes familles de droit du monde moderne. A l'étude de l'évolution historique du système doit correspondre l'étude de sa position géographique en tant qu'elle le situe à côté ou en face de systèmes différents. Cette dimension géographique de la recherche comparative relève incontestablement de la science.

En second lieu, si l'on prend soin de distinguer l'usage occasionnel de la comparaison et l'usage systématique de la méthode comparative, on aperçoit aisément qu'employée systématiquement la méthode comparative n'est autre chose que la méthode d'une science qui, à supposer qu'elle fût sans objet propre au départ, aboutit au terme de la recherche à un résultat — un produit — qui devient un objet de science spécifique. Si la méthode n'existe que par son emploi, c'est qu'elle est un moyen, et non une fin, et moins encore un objet de connaissance : et l'objet est précisément ce résultat, lequel est différent de celui de l'étude de la même matière dans l'ordre interne. L'exposé comparatif des conditions du mariage ou du divorce dans deux pays confrontés, sera, qu'on le veuille ou non, un exposé de *droit comparé* au sens propre du mot. L'emploi de la méthode aura donc conduit à dégager un contenu scientifique nouveau. On pourrait dire, en ce sens, que la science comparative — car nous l'avons alors retrouvée — construit elle-même son objet final ; et à ce construit objectif on ne peut légitimement contester le titre ou l'appellation de « droit

comparé ». Le droit comparé devient ainsi la matière d'un ensemble de connaissances, systématiquement organisé : n'est-ce pas là la caractéristique fondamentale d'une science ?

Le droit comparé sera peut-être souvent — nous y reviendrons — un art : l'art du rapprochement, de l'unification ou du perfectionnement des institutions existantes. Mais il nous paraît difficile, tel que l'ont construit ceux-là mêmes qui lui déniaient ce caractère, de ne pas le reconnaître comme une discipline scientifique en tant précisément qu'il dépasse le contenu normatif et l'utilisation technique du système de droit interne.

## IV

# LE DROIT COMPARÉ ENVISAGÉ COMME MODE D'APPROCHE SCIENTIFIQUE DES SYSTÈMES JURIDIQUES

Les considérations historiques et méthodologiques qui précèdent étaient nécessaires ; mais, après ces généralités et ces abstractions, il est utile de revenir à des vues plus concrètes sur le droit comparé puisque, aussi bien, nous avons déjà vu que les comparatistes modernes entendent se dégager des querelles purement abstraites qui avaient marqué la première moitié du XX<sup>e</sup> siècle. Une occasion et une transition toute naturelle nous sont offertes par la nécessité d'examiner de plus près ces *systèmes juridiques* dont nous avons dit qu'ils étaient devenus l'objet premier de la recherche comparative. C'est à quoi il nous faut maintenant procéder.

Beaucoup de questions se posent à cet égard ; mais le problème liminaire consiste à se demander ce qu'il faut entendre exactement par « système juridique ». Il conviendra de rechercher ensuite quels systèmes se trouvent en présence dans le droit positif actuel ; et il faudra enfin s'interroger sur le point de savoir comment il convient d'aborder la comparaison de ces systèmes.

### 1. *Qu'est-ce qu'un système juridique ?*

Il existe, à la vérité, au moins deux notions différentes du système juridique, l'une étroite, l'autre plus large ou plus complexe.

Prenons d'abord la *première notion*. Pour la plupart des gens, et même pour la plupart des juristes, le droit est essentiellement composé de règles légales. Par exemple, la règle bien connue selon laquelle l'enfant né pendant le mariage a pour père le mari, ou bien celle qui édicte que le vol, c'est-à-dire la soustraction frau-

duleuse de la chose d'autrui, est puni de telle ou telle peine. La tentation existe alors de juxtaposer purement et simplement ces textes d'un code à l'autre. Ainsi la règle sur la filiation que nous venons d'énoncer se retrouve pratiquement identique dans le Code civil français (art. 312), le Code civil suisse (art. 252) le Code civil allemand (art. 591), le Code civil italien (art. 231). C'est à cette juxtaposition que l'on procéda d'abord au cours du XIX<sup>e</sup> siècle, notamment quand, vers 1840 ou 1850, Anthoine de Saint-Joseph établit ce qu'il appelait des *Concordances* entre le Code Napoléon et les autres codes européens.

Le juriste s'aperçoit cependant rapidement que cette concordance, ou même cette similitude des textes ne suffit pas. Ceux que nous venons d'énumérer édictent une présomption de paternité ; mais quelle en est exactement la portée ? Est-elle susceptible de preuve contraire ? Qui peut l'invoquer ? Pour le comprendre, il faut donc dépasser la simple règle de droit et prendre en considération la filiation légitime dans son ensemble. Ainsi la règle de droit (la présomption de paternité) ne se comprend que lorsqu'on se réfère à l'institution dont elle fait partie (la filiation).

Suffit-il même de se contenter de considérer, en droit étranger ou en droit comparé, cette institution ? En effet, pour comprendre pleinement la situation de l'enfant légitime, il faut la rapprocher de celle de l'enfant illégitime et, dans le droit moderne, également de l'enfant adoptif. On aboutit ainsi à la prise en considération plus large de la famille tout entière, dont il faut envisager le statut. On est alors conduit à l'examen des effets du mariage, ou au contraire pour l'enfant naturel de l'absence du mariage, à l'examen des rapports entre époux, entre parents et enfants, à l'existence et à l'étendue de l'autorité parentale, et même au régime des successions, car l'un des traits importants du statut de l'enfant légitime est que, traditionnellement, sa part successorale est plus grande que celle de l'enfant naturel. Un projet français en cours d'élaboration, après du reste une étude comparative sérieuse et qui comporte une certaine influence de la législation allemande récente, a été amené ainsi, avant de proposer des retouches aux règles de la filiation naturelle, à envisager toutes les matières que nous venons de passer en revue, et même d'autres ressortissant au droit social ou au droit pénal.

Il apparaît ainsi que ce qui est en cause, c'est tout le système de droit français par comparaison au droit suisse, au droit italien ou au droit allemand. Nous rencontrons ainsi trois notions d'importance croissante qui se recouvrent et se complètent en une

sorte de hiérarchie : la règle de droit d'abord, l'institution ensuite, le système juridique enfin. C'est ainsi que nous découvrons ce que nous avons appelé la première notion du système juridique : l'ensemble du droit national, dont la prise en considération est nécessaire, nous venons de le voir, dans tout effort d'amélioration de ce droit par appel aux enseignements du droit comparé.

Il existe une *seconde notion* du système juridique, qui est à proprement parler celle des comparatistes. Les quatre droits que nous venons d'envisager (allemand, français, italien, suisse) donnent, nous l'avons vu, des solutions identiques quant à leurs formulations, tout au moins au niveau de la règle de droit. Les différentes institutions auxquelles on a recours ensuite sont pareillement analogues ou du moins très proches dans les quatre droits envisagés. On y distingue la filiation légitime et la filiation naturelle, la famille est largement organisée de la même façon, de même que la puissance parentale ou l'ordre des successions. Bien plus, les catégories générales, les grandes divisions du droit, les procédés de raisonnement et les méthodes de présentation des matières y sont également très largement les mêmes. Les différences qui peuvent donc exister entre certaines règles de droit, et qui précisément permettent une imitation d'un système à l'autre, ne sont nullement incompatibles avec une communauté foncière des principes et des méthodes.

Il n'en va plus de même si nous traversons la Manche. Notons déjà que l'Angleterre a ignoré l'adoption et la légitimation jusqu'en 1926. Bien plus, si nous prenons une matière où les droits de l'Europe continentale sont très proches les uns des autres, celle de l'obligation, nous observons que la notion traditionnelle [pour nous] d'obligation en tant que *vinculum juris* comportant, selon la vieille analyse romaine, un pouvoir de domination ou de contrainte d'un individu sur un autre, est comme telle étrangère au droit anglais traditionnel. Blackstone, dans ses célèbres Commentaires sur le droit de l'Angleterre [à la deuxième moitié du XVIII<sup>e</sup> siècle], n'en fait même pas mention. L'obligation est alors considérée en droit anglais comme une valeur patrimoniale, une *chose in action*, selon le vieux jargon anglo-normand de la common law, par opposition à la *chose in possession*, propriété corporelle où le titulaire exerce directement son droit sur cet élément du patrimoine. Il n'existe donc pas, dans le droit anglais classique, une théorie générale de l'obligation, et l'on étudie séparément les contrats d'une part, et les délits (*torts*) de l'autre. C'est seulement au XX<sup>e</sup> siècle que les juristes anglais se sont mis à parler « d'obliga-

tion civile ». De même, nous venons de voir que la législation anglaise n'a accepté, par exemple, l'institution de l'adoption que depuis moins de cinquante ans.

Les raisons de cette divergence sont historiques, et nous ne pouvons que les rappeler ici brièvement, car nous aurons à y revenir. Il y a eu dans l'histoire un divorce entre le droit romain et le droit anglais, lequel s'est constitué, de la conquête normande à la Renaissance, par l'effet d'une sorte de sécrétation autochtone qui ne doit rien ni à Gaius ni à Justinien. De là des rubriques, des divisions générales, des conceptions de base, des méthodes d'exposition et d'application qui sont entièrement différentes de celles qui ont prévalu sur le Continent. Droits français et italien d'une part, droits suisse et allemand de l'autre, ne sont qu'en apparence des « droits latins » ou des « droits germano-helvétiques », car ils appartiennent tous à un même système, le système romaniste continental, parfois appelé romano-germanique, ce que les Anglais dénomment *civil law* (*jus civile*) par opposition à leur système de « common law ».

On aperçoit donc clairement que le terme de « système juridique » a deux sens, le premier étroit (système français contre système italien, par exemple) et le second plus large (système continental contre système anglo-américain). Pour éviter cette ambiguïté, certains comparatistes, comme M. René David, préfèrent parfois parler, dans le deuxième sens, non plus de système, mais de famille de droit. La formule est peut-être plus exacte, encore que le mot « famille » lui-même soit susceptible de plusieurs acceptions. De toute manière, le terme de système juridique est généralement accepté et, dans le langage du droit comparé moderne, il se réfère toujours au second sens du mot. C'est donc dans cette signification que nous le prendrons désormais.

Nous dirons alors qu'on entend par système juridique un ensemble plus ou moins étendu de législations nationales unies par une communauté d'origine, de sources, de conceptions fondamentales, de méthodes ou de procédés de développement. On a souvent fait, à cet égard, une comparaison avec le domaine des religions, où, par exemple, le Christianisme, l'Islamisme ou le Bouddhisme (entendus au sens large du terme « religion ») comportent chacun une unité foncière, malgré les différences qui se rencontrent entre les religions (au sens étroit), les sectes ou les cultes qui peuvent exister à l'intérieur de chacun d'eux.

Le reconnaissance des systèmes ainsi envisagés suffit à rendre vaine la vieille juxtaposition (la « concordance ») des règles de droit. Elle rend prudent, en même temps, en ce qui concerne la comparaison des institutions même construites en apparence dans des formes comparables (par exemple l'adoption anglaise et la vieille *adoptio plena* du droit romain).

Il en est ainsi en particulier lorsque ces institutions n'ont ni la même base historique, ni la même signification juridique, ni la même portée sociale d'un système à l'autre. Cette notion étendue impose donc la prise en considération des différents systèmes existants en tant que complexe juridico-social sur le plan international. On est donc ainsi logiquement conduit au second problème que nous avons énoncé : quels sont donc les systèmes qui se trouvent aujourd'hui en présence dans le monde ?

## 2. *Les systèmes positifs actuellement en présence*

Il faudrait assurément plusieurs chapitres successifs pour préciser les caractéristiques particulières et la place respective des grands systèmes juridiques qui se partagent le monde. Le but du présent exposé est beaucoup plus modeste, car il cherche seulement à délimiter les systèmes, en tant que blocs de législations particulières, en face desquels le comparatiste doit se placer avant toute comparaison institutionnelle plus poussée.

Il est à peine besoin de dire que, depuis 1900, de grandes controverses ont existé également sur le nombre, la nature et la détermination des systèmes existant ou ayant existé dans le monde. Il ne s'agit évidemment pas de reprendre toutes ces discussions, ni de prendre parti entre des doctrines qui sont à la fois voisines et contradictoires. Sur ce classement des systèmes existants, nous ferons d'abord trois observations préalables.

- a) L'aire géographique du classement peut être plus ou moins large ou plus ou moins restreinte. On peut parler, par exemple du système des pays du Marché Commun ou, plus largement, des pays d'Amérique latine ; et, en ce dernier cas, des sous-groupements devront être établis quant à l'origine et à la nature des législations envisagées.

- b) Le classement peut également se fonder sur les caractères historiques, et non plus géographiques, des systèmes en cause. Ainsi le système de droit musulman ou le vieux droit chinois puisent dans leurs origines lointaines leur originalité propre en tant que systèmes structurés. Depuis la deuxième moitié du XIX<sup>e</sup> siècle cependant [nous y reviendrons] les pays de droit musulman se sont occidentalisés et chacun sait que, depuis un peu plus de vingt ans, la Chine s'est, au moins à certains égards et sous réserve d'évolutions ultérieures, rangée dans la catégorie des démocraties populaires.
- c) Selon le critère choisi, le classement est variable. Sur le plan contractuel ou quant au régime de la propriété, du point de vue également des sources et des méthodes de développement du droit, on oppose nécessairement et facilement droit romaniste et système de common law. Sur le plan des catégories juridiques et de la division des matières (droit civil et droit public, grandes rubriques de la science du droit) on peut, à certains égards, rapprocher le droit soviétique du système romaniste en l'opposant cette fois à la common law. Sur le plan économico-juridique et sur celui de l'organisation sociale ou de la planification, on devra au contraire opposer le droit des pays socialistes aussi bien au système romaniste qu'au système de common law.

Ces observations faites, on peut poser en principe schématiquement, mais nettement, que dans le monde actuel il faut distinguer avant tout trois grands systèmes ou, si l'on préfère, *trois groupes essentiels* de régimes juridiques, à quoi on devra ajouter *deux groupes complémentaires* moins strictement tranchés. Commençons d'abord par les trois groupes essentiels.

A) 1. — Le premier groupe, ainsi qu'il résulte de ce qui précède, est le système romano-germanique, caractérisé par sa descendance romaine. La vieille division des droits dits latins et des droits ou coutumes germaniques s'est effacée historiquement par la réception du droit romain en Allemagne et dans l'Europe centrale. Ce phénomène a conduit, jusqu'à la fin du XVIII<sup>e</sup> siècle, à la constitution et à la prédominance d'un *droit commun européen* qui assurait l'unité foncière du groupe que nous appelons maintenant romano-germanique. Cette unité a été

ensuite compromise, mais non pas détruite, par les codifications nationales du XIX<sup>e</sup> siècle. Certes, ces codifications indépendantes tendaient bien à la diversité ; mais elles puisaient toutes également dans l'héritage romain ou portaient de lui, et c'est ainsi, encore une fois, que la théorie des obligations civiles est largement commune à tous les pays du groupe romaniste.

Les codifications de l'Europe continentale avaient, d'autre part, la même technique. Le droit y était enseigné et développé de manière largement analogue, si bien qu'il existait une langue juridique commune ou, tout au moins, une manière de s'exprimer telle que les traductions étaient faciles d'un langage à l'autre. Même les divergences entre les différents pays de cette famille ont eu une origine commune. En France, la suprématie du Code Napoléon a enfermé pendant presque trois quarts de siècle la doctrine dans l'exégèse des textes. Mais cette exégèse s'est faite avec des modes de raisonnement dérivés de la méthode des juristes romains. En Allemagne, l'absence de codification pendant le XIX<sup>e</sup> siècle et la permanence d'un « droit romain actuel » ont permis le développement et les travaux de l'Ecole des Pandectistes ; mais ceux-ci ne faisaient que continuer l'élaboration séculaire du droit sur le fondement, en réalité, des règles et des méthodes romaines. Il en est résulté pour l'Allemagne une systématisation dogmatique très poussée qui, en 1900, a fait opposer, nous l'avons souligné déjà, le BGB au Code civil français de 1804. Mais lorsque, en Angleterre, au début de ce siècle, Edward Jenks essaya de formuler un *Digest of English Civil Law* sur le modèle et le cadre de la codification allemande, on s'aperçut que l'essentiel du droit anglais disparaissait dans cette tentative, d'ailleurs purement théorique.

Le droit continental conserve donc largement sa structure unifiée. On a pu relever, du reste, d'une part, que le mouvement en faveur de ce qu'on a appelé la renaissance du droit naturel a constitué, à beaucoup d'égards, un retour à l'idée de droit commun, de *jus inter gentes*, au delà et à travers la diversité des lois nationales ; d'autre part, les codifications récentes démentent l'opposition qu'on avait cru parfois pouvoir établir entre « droit latin » et « droit germanique ». Le Code civil italien de 1942 doit beaucoup au BGB ; et, au contraire, les Pays-Bas, l'Autriche et même les pays scandinaves sont plus proches sur bien des points de la technique législative française que de la systématisation abstraite allemande. Si l'on ajoute l'importance de l'héritage romain en Amérique latine, où se combine l'influence du Code

Napoléon, du BGB, du Code civil suisse et du Code italien, on est conduit à reconnaître l'homogénéité du système romaniste tout entier.

2. — Le deuxième groupe est évidemment constitué par le système de common law, voisin géographiquement, mais fondamentalement différent du système romaniste. Nous l'avons dit, la common law ne doit pratiquement rien au droit romain. Après la conquête normande (1066) les lois anglo-saxonnes existantes étaient restées théoriquement en vigueur : Guillaume le Conquérant l'avait proclamé. Elles continuaient donc à être appliquées par les juridictions locales. Mais lorsque la paix du roi était menacée, on pouvait recourir à la *Curia Regis*, c'est-à-dire pratiquement aux juges ou aux grands vassaux désignés par elle pour aller rendre la justice dans les provinces. Ces juges constituèrent ainsi bientôt des cours royales compétentes en ce qui concerne le droit public, la propriété foncière (matière qui, dans un régime féodal, est encore de droit public) et pour les crimes les plus graves. Les particuliers ne pouvaient s'adresser à ces juges, en règle générale, qu'en demandant au roi, c'est-à-dire en fait au chancelier, la délivrance d'un bref (*writ*) permettant de saisir exceptionnellement les juridictions royales. L'extension progressive de ces *writs*, par une évolution historique qu'il est impossible de retracer ici, a permis aux juges royaux de constituer un droit nouveau, mais qu'ils ont présenté comme n'étant autre que « la coutume générale et immémoriale du royaume ». A l'inverse des juges du Continent, ces juges anglais, émissaires de la *Curia Regis*, n'étaient pas des juristes nourris de droit romain et de droit canon et appelés à trancher des litiges de droit privé (n'oublions pas que le droit romain est essentiellement un droit privé). Ils se trouvaient aux prises avec des problèmes de droit public intéressant la couronne et la paix publique et ils cherchaient à les résoudre, ou du moins à les aborder, par des moyens de procédure.

C'est ainsi que s'est formé le système de common law, essentiellement publiciste, procédural et judiciaire. Pour donner une stabilité à ce système qui se fondait sans lois, les juges ont pris l'habitude de se conformer à la règle obligatoire du précédent. Toute décision judiciaire s'impose ainsi au juge qui l'a rendue et à tous les juges à l'avenir. Le mode de formation du droit anglais est donc tout à fait étranger au mode de formation du système romaniste.

Pour être complet, il faudrait ajouter que, afin de parer aux rigueurs de ce droit enfermé dans ses propres précédents et de suppléer à ses insuffisances, car il ne s'établissait que progressivement, il était toujours permis de s'adresser au roi, c'est-à-dire, rappelons-le, au chancelier, à l'origine un ecclésiastique, son confesseur, et « gardien de sa conscience ». Le chancelier donnait alors une solution non pas juridique, mais équitable, et ainsi s'est développée, à côté des cours de common law, une juridiction d'équité. Le droit anglais aura donc par la suite une structure tripartite comprenant : la *common law*, source essentielle, l'*equity*, qui la corrige, et la *statute law*, la loi écrite telle qu'elle résulte des actes du Parlement, qui la complète ou la modifie. Telle est, schématisée peut-être à l'extrême, la structure de ce système qui deviendra un groupe important lorsqu'il se sera répandu dans les différentes parties du monde par l'expansion et par la colonisation anglaises.

3. — Le troisième groupe dont nous avons à faire mention n'apparaît qu'au XX<sup>e</sup> siècle, après la deuxième guerre et par le développement politique et géographique du système élaboré d'abord, au lendemain de la première, en Union soviétique. La Révolution d'Octobre, après avoir laissé provisoirement en vigueur le droit ancien, abolit en 1918 en bloc toute la législation tsariste. Un droit nouveau s'élabore donc, par les lois ou les décrets du pouvoir révolutionnaire, mais aussi par l'action des tribunaux populaires qui, en l'absence de textes, doivent juger selon leur « conscience socialiste du droit ». Après diverses phases (le communisme de guerre, la NEP de 1920, la collectivisation et la planification, la période stalinienne, puis la période post-stalinienne), le droit soviétique se structure suffisamment pour servir de modèle aux démocraties populaires établies après la seconde guerre mondiale dans les pays de l'Est européen.

Ce système comporte des concepts juridiques de base, une hiérarchie des sources et une division des matières juridiques largement hérités du système romaniste. Mais surtout, il traduit en législation la doctrine marxiste-léniniste. Dans un régime communiste total, le droit devient inutile, car il n'était qu'une superstructure de la société capitaliste. En vertu de cette théorie du « dépérissement du droit », le droit en Russie soviétique ne subsiste, provisoirement, que pendant la phase de construction du socialisme ; mais en même temps il devient un des instruments

essentiels de cette construction. D'où la notion toute particulière de la « légalité socialiste » : est légal ou juridiquement justifié tout ce qui concourt à la réalisation de la société communiste. La légalité n'est donc pas ici une limite, s'opposant comme dans les pays occidentaux à l'arbitraire individuel ou étatique, mais un moyen orienté vers la finalité même de la communauté sociale qu'elle doit régir. Cette position fondamentale, d'où résulte une opposition de structure avec les conceptions occidentales, situe le système de droit socialiste dans son véritable climat.

Ce système est, ne l'oublions pas, fondé sur la nationalisation des moyens de production. Il établira donc une différence entre la propriété personnelle et la propriété sociale, cette dernière seule fortement protégée. Le droit tout entier est dominé par la planification de l'économie et il comporte une large publication des rapports juridiques conduisant à un arbitrage d'Etat entre les entreprises nationalisées à la place d'un contentieux judiciaire et même d'un contentieux administratif. Ce système fait enfin largement appel à la collaboration des masses. L'essence du système soviétique repose du reste, pourrait-on dire, sur la hiérarchisation de cet appel aux masses populaires, depuis le Soviet local jusqu'au Soviet Suprême de l'U.R.S.S. Les tribunaux comportent donc, à côté du juge juriste, des assesseurs populaires ; et juges et assesseurs sont pareillement élus. On fait appel encore aux « assemblées de communautés », à des organismes comme les « tribunaux de camarades », qui témoignent ostensiblement de la socialisation du droit, des rapports individuels et de la justice.

C'est assez dire que ce système se présente comme un groupe homogène, foncièrement différent des deux autres systèmes occidentaux, le système romaniste et le système de common law.

B) — Nous avons indiqué déjà qu'en dehors de ces trois groupes essentiels il existe des « groupes complémentaires » dont il faudrait tenir compte dans une présentation générale complète de tous les systèmes de droit actuellement en vigueur. Nous ne pouvons ici que donner des indications rapides, et nous nous bornerons à signaler l'existence de deux groupes complémentaires particuliers.

1. — Le premier est constitué par ce qu'on pourrait appeler les systèmes de droit religieux, en particulier les systèmes asiatiques anciens, et spécialement le droit hindou ou le vieux droit

chinois ou japonais.. Le temps manque pour les aborder. Nous indiquerons seulement l'importance d'un autre système de droit religieux, le *droit musulman*, qui a eu géographiquement son empire dans le Moyen-Orient et une partie de l'Asie et de l'Afrique.

Historiquement, ce droit musulman se confond avec l'Islamisme. Droit et religion, ici, sont inséparables. Les sources du droit musulman traditionnel sont d'abord le Coran, puis ce qu'on appelle la *Sunna*, c'est-à-dire la conduite du Prophète dans la vie privée et la vie publique, servant de guide à tous les croyants, et dont les traits importants sont recueillis dans des récits ou des décisions qui se transmettent à l'origine oralement (*hadith*). Enfin une autre source est l'interprétation autorisée telle qu'elle résulte de l'assentiment général des docteurs ou théologiens (*Idjam*).

Ces sources diverses, mais qui se tiennent étroitement entre elles, donnent d'une part naissance à la science du droit, très développée par les docteurs de l'Islam [*Fikh*], et, d'autre part, aux règles du droit positif tel qu'il est appliqué, et qui a reçu le nom de *Char'ia*, ce qui signifie proprement la « voie à suivre », d'où l'on tire par conséquent les règles du comportement social. Ces sources se sont révélées néanmoins incomplètes au fur et à mesure que se développaient les Etats musulmans. Une part importante était donc laissée à la coutume et à la décision des juges, dont le pouvoir de discrétion était très grand en dehors, bien entendu, des règles strictes, mais peu nombreuses, du droit religieux.

Cette situation a duré jusqu'à la deuxième moitié du XIX<sup>e</sup> siècle, où le droit musulman, immuable, continuait à s'appliquer aux seuls fidèles. Les pays occidentaux, qui désiraient commercer avec ces pays musulmans, ont donc dû rechercher un régime de droit qui pourrait s'appliquer à leurs ressortissants comme aux transactions commerciales internationales. Ainsi est né le système dit des « capitulations », par lequel les pays occidentaux établissaient dans les pays musulmans des tribunaux appelés à juger ceux qui n'étaient pas musulmans ou leurs ressortissants en relation d'affaires avec des musulmans. Ces capitulations étaient évidemment une charge lourde et aussi une humiliation car elles étaient une atteinte à la souveraineté des pays à qui on les imposait. Aussi ceux-ci ont-ils essayé, à partir de 1850, de se donner des codes imités des codes occidentaux, de façon à permettre des relations juridiques avec l'Occident et à échapper au régime des capitulations. L'évolution à cet égard a été progressive, et le point

extrême a été atteint lors de la révolution d'Atatürk en Turquie qui, en 1926, a adopté comme Code civil turc le Code civil suisse. Aujourd'hui la Turquie, l'Iran, le Soudan, le Pakistan, l'Indonésie ont des droits occidentalisés, sauf, pour quelques-uns, en certaines matières de droit personnel. Le système musulman subsiste encore largement en Arabie séoudite, au Yémen ou dans le Koweït. Enfin certains autres pays musulmans d'Afrique centrale, et l'Albanie, sont devenus des pays de droit socialiste.

2. — Un second groupe complémentaire, dont l'importance ne fera certainement que croître, est celui des pays du Tiers Monde, et notamment les pays nouveaux d'Afrique et d'Asie. Pour une part, ce sont à l'origine des pays de droit musulman. Pour l'autre, notamment en Afrique noire, ce sont des pays nés de la décolonisation, mais restés souvent très près du système juridique des anciens colonisateurs. C'est ainsi que le droit romaniste subsiste largement dans l'Afrique francophone et que le système de common law fait sentir son influence dans l'Afrique anglophone.

On doit noter cependant un effort important des pays de l'Afrique noire, en particulier, pour dégager un droit africain plus ou moins commun, et pour traduire en termes juridiques le concept de *négritude*. On doit noter également le cas particulier du Cameroun, où coexistent à la fois le système romaniste et le système de common law. Enfin dans presque tous ces Etats [et nous aurons l'occasion d'y revenir], la législation occidentale ou occidentalisée, qui est nouvelle, coexiste avec des coutumes ancestrales qui ont, soit leur domaine particulier en droit, comme en matière de statut personnel, soit au contraire un domaine de fait, qui se combine plus ou moins bien (ou plus ou moins mal) avec le droit occidentalisé nouveau. Il en va ainsi notamment en Afrique, où la législation officielle nouvelle s'applique surtout dans les villes et à certaines classes, tandis que la campagne et la brousse restent fidèles aux vieilles coutumes.

### 3. *Comment aborder ces différents systèmes*

Il faudrait nous demander maintenant en quoi doit consister l'approche scientifique effective de ces systèmes que nous venons de délimiter rapidement. Il s'agit là, en réalité, du premier stade

de la recherche comparative que nous ne saurions évidemment étudier ici en détail. Aussi voudrions-nous, pour orienter les idées, nous borner à deux ordres de réflexions ou, si l'on préfère, à deux ordres de directions générales : d'une part, tout système qu'on aborde — ou, plus simplement même, tout droit étranger qu'on prend pour sujet d'étude — doit faire l'objet d'une appréhension globale ; en second lieu, s'agissant cette fois des systèmes différenciés, il doit faire l'objet d'une approche particulière.

D'abord, *l'appréhension globale du système*, quel qu'il soit. Une telle exigence peut paraître à première vue excessive ; car la recherche comparative porte le plus souvent, non sur le système entier, mais sur une institution (le mariage, le divorce, la vente), soit même sur une règle spéciale : les droits successoraux du conjoint survivant, par exemple. Prenons justement pour illustration cette dernière hypothèse et, nous souvenant de ce que nous disions il y a un instant de la présomption de paternité légitime, essayons de compléter, en l'élargissant, la démonstration déjà esquissée.

Dans le Code civil français de 1804, le conjoint survivant n'est qu'un successeur irrégulier (art. 767 ancien) ; comme l'Etat, il reçoit la succession entière à défaut de tout autre successible ; mais tout autre successible l'évince, et il n'a pas la saisine, c'est-à-dire qu'il ne peut appréhender les biens successoraux qu'à condition d'avoir obtenu en justice un envoi en possession. Certes, cette position rigoureuse a été corrigée par la suite et déjà une loi du 9 mars 1891 lui avait accordé une part en usufruit ; mais, malgré d'autres réformes postérieures à 1891 et tout à la fois limitées et techniques, il a fallu attendre l'ordonnance du 23 décembre 1958 pour qu'il cesse d'être un « successeur irrégulier ». A cette situation défavorable, il était courant d'opposer les règles du BGB (art. 1931) et du Code civil suisse (art. 462) qui, sous des nuances et sous des conditions diverses, font du conjoint survivant un héritier légitime. La divergence est d'importance, dans la réglementation légale ; mais qu'en est-il en réalité, dans le jeu combiné des institutions du droit de famille ?

A cet égard, il ne faut pas oublier que le régime du Code Napoléon ne vise que la succession ab intestat. Or, dans la société que régit le Code de 1804, quiconque a de la fortune fait un testament. Pour comprendre quelle sera, ou quelle pourra être, légalement, la situation du conjoint survivant, il faut donc se reporter aux règles de la succession testamentaire et à la détermination de la

quotité disponible, laissée à la libre disposition du testateur. En outre, dans cette même société bourgeoise du XIX<sup>e</sup> siècle, tous ceux qui ont des biens personnels font, en se mariant, un contrat de mariage : le roman et le théâtre du siècle dernier nous ont suffisamment appris l'importance à la fois du legs (que l'on tient du testament) et des avantages matrimoniaux. Or, la règle de l'article 767 ancien, qui relègue le conjoint survivant au rang de successeur irrégulier, fait, par lui-même et à lui seul, abstraction de ces avantages matrimoniaux ; et la liberté des conventions matrimoniales est très grande, puisqu'elle permet d'avantager largement le conjoint, au point même de lui accorder, par une « institution contractuelle », un droit irrévocable sur tout ou partie de sa propre succession. Le régime des libéralités ne doit donc pas être perdu de vue. Mais allons plus loin encore et prenons le cas d'un époux survivant dont le conjoint n'a pas laissé de testament et avec qui il était marié sans contrat : voilà, semble-t-il, le cas type de l'art. 767. Il ne faut pas oublier cependant que, dans le Code Napoléon, le régime légal (c'est-à-dire celui des époux mariés sans contrat) est celui de la communauté des meubles et acquêts (et c'est, au XIX<sup>e</sup> siècle, pratiquement aussi le régime de ceux qui n'ont pas de biens en se mariant) : en pareil cas, le conjoint survivant recevra la moitié, en toute propriété, de la communauté. Il la recevra non à titre successoral et par application des règles de la dévolution héréditaire, mais par application du régime matrimonial de droit commun. Ce conjoint survivant, à qui la loi refuse toute part de la succession en présence d'enfants légitimes, partagera en fait avec eux — et par moitié — le seul patrimoine laissé par le défunt. Ainsi le jeu concurrent de règles ou d'institutions parallèles corrige la rigidité d'une règle en apparence simple et stricte. Pour le comprendre, il faut appréhender à la fois le régime des successions et celui des relations patrimoniales des époux, c'est-à-dire tout le droit de famille — et l'envisager compte tenu du milieu social et des habitudes de ceux à qui il s'applique.

Comme nous l'avons fait déjà tout à l'heure, sortons maintenant du système romano-germanique et du domaine où nous nous étions d'abord enfermés. Si nous voulons nous demander comment en droit anglais se réalise une fondation ou par quels procédés on peut assurer la protection des incapables et la gestion de leurs biens, on s'aperçoit — ce qui ne laisse pas d'étonner les « Continentaux » — que dans les deux cas la technique employée

est celle du Trust. Nous retrouvons ici, une fois de plus, cette vieille institution anglaise qui a connu un destin prodigieux. Elle apparaît dans la Common Law du XIII<sup>e</sup> siècle sous forme de *use* : des biens sont reçus par quelqu'un pour en faire profiter une autre personne, physique ou morale. Au XV<sup>e</sup> siècle, l'Equity lui donne son statut et ses sanctions. Longtemps utilisée surtout dans le droit de famille et pour réaliser des fondations, elle reçoit une extension considérable au XIX<sup>e</sup> siècle dans le droit des affaires, où le *trustee* (celui qui reçoit les biens), désormais salarié, est une banque, une compagnie d'assurances, une société commerciale. Le trust va ainsi jouer, dans le système anglo-américain, le rôle que remplissent à la fois, dans le système romaniste, les conventions matrimoniales, la stipulation pour autrui, la représentation, la constitution de droits réels ; et il donne des facilités remarquables aussi bien en matière successorale qu'en ce qui concerne la gestion des valeurs mobilières, notamment par le procédé de l'*investment trust*, qui achète des titres, en perçoit les revenus et les réalise après hausse pour en acheter de nouveaux, au profit des porteurs de *trust certificates*. Nous sommes donc en présence d'une institution multiple — et multiforme — qui rayonne en quelque sorte sur toutes les branches du droit privé, et même du droit public (les fondations), sans équivalent exact dans la technique continentale (car elle dépasse de loin la vieille fiducie romaine), qui satisfait à des besoins auxquels le système romaniste fait face par des procédés totalement différents et qui ne peut être comprise que replacée dans son système d'origine, lui-même envisagé dans sa technique et sa structure.

Cette appréhension globale du système, dans ses données historiques comme dans ses conditions d'application socio-économiques, devient ainsi la condition première d'une utilisation vraiment scientifique de la méthode comparative. La doctrine comparatiste moderne y insiste justement et de manière proprement universelle, comme nous le montre la rencontre, non concertée et même involontaire, de deux comparatistes éminents, M. Trajan Ionsco (Roumanie), représentant les juristes socialistes, et M. Rheinstein (Etats-Unis), qui, par sa vaste culture, embrasse à la fois le système romaniste et le système de common law, c'est-à-dire tout le droit occidental. Lors de la Semaine internationale de droit comparé, tenue à Paris en octobre 1969, M. Ionsco insistait sur la nécessité de distinguer l'étude *formelle*

du système, qui s'en tient à l'expression normative du droit, de l'étude *matérielle*, qui s'attache au contenu socio-économique de la règle. Du point du vue formel, le contrat économique du droit socialiste est analogue, sinon identique, au contrat romaniste classique (modes de formation, éléments de validité, vices de consentement, effets) ; mais substantiellement, il tire son existence réelle, sa valeur, sa portée et son efficacité des organes de planification ; et il dépend d'eux beaucoup plus que de sa réglementation légale externe. M. Rheinstein, de son côté, invitait les comparatistes à rechercher comment, dans un système donné, les éléments sociaux et économiques agissent et finalement s'expriment en termes de règles juridiques. Ainsi, les périodes de stabilité monétaire ou, au contraire, de crise économique peuvent modifier et modeler le contexte de la règle de droit : le New Deal en a été un exemple aux Etats-Unis. D'où l'influence de ce que cet auteur appelle les « inspireurs » ou les « transformateurs » du droit, tour à tour les philosophes du XVIII<sup>e</sup> siècle, les juristes théoriciens du XIX<sup>e</sup>, puis les économistes et les technocrates du XX<sup>e</sup>. Il faut donc envisager le système, ici encore, moins dans ses règles et ses institutions que dans ses formes de pensée juridique, dans son atmosphère et son esprit, dans la manière dont le juge et l'avocat, le procureur et le fonctionnaire, le grand public et ce que nous oserions appeler les « usagers du système » le comprennent, le vivent et veulent le voir évoluer. Chaque système possède ainsi son style propre, qui n'est pas moins important que sa technique juridique.

Nous aurons à retrouver cette notion de l'appréhension globale du système. Il nous paraissait nécessaire de la mettre immédiatement en lumière, car elle vaut quel que soit le système envisagé. Resterait à nous demander comment chacun des grands systèmes, *ut singuli* cette fois, doit être abordé. Faute de pouvoir traiter ce vaste problème, qui demanderait un ouvrage entier, nous nous limiterons, à propos des groupes principaux, à de brèves observations.

Le groupe romaniste peut encore être abordé comme un tout, même par les juristes qui en font partie. Dans cette approche du système romaniste, la technique juridique de droit privé présente une importance particulière. Il en est surtout ainsi de la théorie des obligations, dont une synthèse comparative concrète a été tentée par le projet franco-italien des obligations de 1929, déjà cité et sur lequel nous reviendrons. Certes, il

existe des différences entre Code Napoléon et BGB. Ce dernier, plus que le Code civil français, a gardé la distinction romaine de l'acte générateur d'obligation et de l'acte d'aliénation. Le principe de l'article 1138 du Code civil français (l'obligation de livrer la chose est parfaite par le seul consentement des parties contractantes) s'oppose à la vieille investiture germanique devenue en Allemagne la cession judiciaire (*Auflassung*) ; et, presque à l'inverse, le contrat réel d'aliénation (d'une chose et d'un droit) est considéré comme un contrat abstrait indépendant de sa cause en droit allemand.

Néanmoins, toutes ces différences de technique se résolvent dans une communauté de discussion juridique et dans l'unité des méthodes de développement du droit. On observera, du reste, que le caractère particulier des droits romanistes favorise des groupements régionaux, soit dans le Marché Commun, soit dans les pays scandinaves, soit en Amérique latine : c'est un point également sur lequel nous reviendrons.

Pour aborder le groupe anglo-américain, il faut donner ici la prédominance à la structure du système. Le rôle du précédent judiciaire, l'importance de la procédure et du régime des preuves (*evidence*), le caractère limité des règles de droit (on évite de poser des principes généraux pour ne donner si possible que des solutions d'espèce), la casuistique même de la loi écrite, sont caractéristiques du système. Il existe, en outre, des notions et des institutions spécifiques (comme celle du trust), qui demandent par elles-mêmes une étude particulière. Le système de common law est très respectueux de la liberté individuelle ; mais il la protège, non par un principe abstrait de légalité, mais par des moyens de procédure, l'habeas corpus, la loyauté du procès (*fair trial*), le *due process of law* : cette démarche du système de common law est significative.

Dans le groupe de droit socialiste domine la prise en considération de l'idéologie de base et du dynamisme légal. On proclame l'omnipotence de la loi écrite, mais cette loi change rapidement et ses changements, souvent imprévus, sont parfois contradictoires. Ainsi la NEP qui, après 1920, contredit le communisme de guerre, est elle-même remplacée, quelques années plus tard, par une politique d'industrialisation et de collectivisation énergique ; le système de *l'analogie pénale* qui marque les Codes pénaux de 1922 et de 1926 est remplacé par une adhésion à la stricte légalité des délits et des peines dans la réforme

pénale de 1958 à 1960. Le caractère populaire du droit, et surtout de l'administration de la justice, la publicisation des rapports économiques, remplaçant le traditionnel contrat de droit privé et le jeu de la liberté contractuelle des Pays occidentaux, certaines institutions enfin, comme la *Prokuratura*, achèvent de donner au groupe socialiste sa physionomie juridique originale.

En ce qui concerne les pays du Tiers Monde, le problème est peut-être, au regard du droit positif, de rechercher d'abord la réalité socio-économique au delà du droit formel des codes et des lois. Dans tous les cas, il convient, pour le comparatiste, de poser les systèmes en tant qu'entités juridiques complexes qui se répondent, s'opposent ou se complètent. Dès lors apparaît un problème important qui doit maintenant nous retenir : dans quelle mesure peut-on envisager le rapprochement des systèmes existants de droit positif ?

## V

### RAPPROCHEMENT OU OPPOSITION DES SYSTÈMES

Les développements qui précèdent ont déjà fait apparaître que les systèmes juridiques posés ou abordés dans leur réalité substantielle constituent l'objet premier de l'étude juridique comparative. Il est évident, cependant, que la comparaison, par définition même, ne consiste pas à isoler, mais au contraire à rapprocher ou à confronter les deux termes qui en font l'objet. Nous avons vu également que, depuis que le droit comparé a été envisagé comme une discipline propre, ou tout au moins comme une utilisation propre de la méthode comparative, il a reçu pour objet principal « le rapprochement des législations ou des institutions juridiques des différents pays ». C'est à cet aspect essentiel de la recherche comparative qu'il faut maintenant nous attacher.

Cette opération de comparaison ou de confrontation des systèmes prend, dans la science juridique moderne, un aspect nouveau ou, plus exactement, présente un double aspect, en quelque sorte antagoniste. Pour les comparatistes de 1900, soucieux de ne comparer que des choses comparables, ou pour les comparatistes de 1925, désireux d'aboutir à une unification ou, tout au moins, à une coordination des institutions et des systèmes, le droit comparé était bien la science ou la méthode du rapprochement. Depuis la seconde guerre mondiale, les comparatistes, nous l'avons vu, ont pris davantage conscience de certaines oppositions irréductibles entre les systèmes juridiques existants ; mais ils n'ont pas renoncé pour autant à établir des comparaisons ou à rechercher une confrontation entre ces systèmes opposés. La remarque vaut non seulement pour les droits de l'Est par rapport aux systèmes occidentaux, mais même pour une comparaison établie, par exemple, entre le système romaniste et le système de common

law. Car, dans la mesure où l'on ne cherche plus à unifier législativement les deux systèmes en cause, la comparaison devient à la fois plus légitime et plus facile à réaliser.

Quoi qu'il en soit, nous constatons que cette comparaison des systèmes va de toute façon présenter en quelque sorte deux visages : ou bien ces systèmes tendront à se rapprocher, et ce sont les procédés de rapprochement qu'il faut d'abord examiner, ou bien ils tendront au contraire à s'opposer, et c'est la mesure des exigences de cette opposition qu'il nous faudra ensuite évaluer.

### *1. Le rapprochement des systèmes en droit positif*

Ce rapprochement, par opposition à la confrontation contrastée que nous retrouverons ensuite, s'opère de deux manières différentes. Tantôt nous sommes en présence d'un rapprochement spontané ou nécessaire, au sens premier de ce mot, tantôt, à l'inverse, le rapprochement est concerté ou provoqué. Il faut bien distinguer ces deux aspects du phénomène.

A) — Le rapprochement que nous appelons nécessaire est celui qui s'impose par la force même des choses. Notons tout de suite, à cet égard, qu'il peut déjà y avoir rapprochement de législations différentes à l'intérieur d'un même système ou d'un même pays. C'est le cas bien connu des pays fédéraux et, sur le plan comparatif, le fédéralisme pose un problème d'un grand intérêt, que nous ne pouvons pas examiner ici, mais dont nous signalons en passant toute l'importance. L'Association internationale des sciences juridiques lui a consacré, à Moscou, son Colloque de 1970. Il apparaît ainsi que le droit comparé ou la méthode comparative sont nécessaires à l'intérieur même de certains pays comme l'Allemagne fédérale, la Suisse, le Mexique, l'Union soviétique ou la Yougoslavie, par exemple. Il en va de même et surtout aux Etats-Unis, où le droit fédéral est l'exception et où cinquante législations d'Etat coexistent de manière indépendante, au point qu'il a fallu établir un système de conflits de lois à l'intérieur des Etats-Unis. Cependant, sauf peut-être pour la Louisiane, l'origine de ces différentes législations d'Etat est commune, car elles dérivent à peu près toutes de la common law anglaise. Par suite, les méthodes de formation, d'exposition, d'application et de développement du droit sont les mêmes.

Cependant, il n'en faut pas conclure à l'existence d'une sorte de common law américaine, et c'est ce qu'a déclaré la Cour suprême des Etats-Unis dans un célèbre *case* de 1938 (*Erie Railroad Co v. Tompkins*). L'unité foncière du droit des Etats-Unis ne doit donc pas être recherchée dans la constitution d'une common law proprement américaine, mais au contraire dans la structure générale et dans ce que le doyen Roscoe Pound avait appelé l'esprit de la common law en général.

A côté du cas particulier des Etats fédéraux, il faut signaler également les Etats unitaires où, pour des raisons variables, subsiste une diversité des législations applicables. Ce fut le cas, nous l'avons vu, entre les deux guerres spécialement, des Etats nouveaux ou modifiés de l'Europe centrale et orientale qui n'avaient pas encore réalisé leur unité législative après leur unité politique. C'est le cas aussi, traditionnellement, de l'Espagne, où le *derecho común* du Code civil de 1889 laisse subsister des droits régionaux (*derecho foral*). On pourrait également trouver un autre exemple dans le droit musulman classique, où la *Charī'a* (droit fondé sur le Coran et la tradition religieuse) s'était subdivisée en quatre systèmes ou quatre écoles (*hanafite, malekite, chafeite, hanbalite*), où l'on discutait et confrontait les solutions des autres, donnant ainsi naissance à une science de la contestation ou de la confrontation (strictement de la divergence, *Ikhtilâf*), qui constituait ainsi une sorte de droit comparé spécial, résultant de l'emploi spontané et nécessaire de la méthode comparative, à l'intérieur d'un même système de droit.

Plus important que ce rapprochement de caractère interne est le rapprochement entre systèmes différents. De manière toujours spontanée ou nécessaire, il se réalise alors par deux procédés principaux.

Le premier est l'expansion ou l'introduction imposée par les circonstances. C'est ainsi que Napoléon fit appliquer le Code civil français de 1804 à de nombreux territoires conquis. C'est encore ce qui s'est passé au temps de la colonisation, où les colons s'implantaient en fait avec leurs administrateurs, leurs lois et leurs juges. Ce fut le cas spécialement de l'Angleterre, où un véritable régime d'expansion légale a été défini au début du XVII<sup>e</sup> siècle. Au lendemain de l'expédition du *May Flower* et de l'installation des premiers colons sur la côte Est de l'Amérique, on a considéré qu'ils avaient transporté avec eux, en tant que citoyens britanniques, le système de common law

ainsi que les lois (le *statute book*) applicables à cette date. La règle a été formulée par le célèbre *Calvin's Case* de 1608 posant la règle que, dans toute colonie acquise par occupation, la common law s'appliquait de plein droit, sous réserve toutefois des conditions particulières à la colonie. Réserve importante, et qui constitue en fait le germe du futur droit américain en tant que distinct du droit anglais proprement dit.

Le *Calvin's Case* posait également une autre règle, corollaire de la première. Si la colonie était acquise, non par occupation, mais par cession, le droit ancien subsistait, tout au moins en tant qu'il s'agissait du droit privé; le droit public, la procédure et bientôt le droit pénal devenaient au contraire anglais. Ce fut le cas pour le Canada, notamment, après sa cession par la France à l'Angleterre, en 1763, et c'est pourquoi la province de Québec est aujourd'hui régie par un Code civil français, promulgué d'ailleurs plus de cent ans après la cession à l'Angleterre; curieusement, mais en application de la survivance du droit appliqué antérieurement dans le territoire cédé, ce Code civil de 1866 est fondé non pas sur le Code Napoléon, mais sur le droit civil français qui existait avant la conquête anglaise et tel qu'on le trouve exposé au XVIII<sup>e</sup> siècle par Pothier. Un autre cas analogue est celui de l'Afrique du Sud, cédée à l'Angleterre par la Hollande et où a continué à s'appliquer le droit dit romano-hollandais (*roman-dutch Law*) introduit par les colons venus des Pays-Bas au XVIII<sup>e</sup> siècle. La Louisiane, de son côté, cédée par Napoléon aux Etats-Unis en 1803, s'est donnée en 1808 un Code civil très directement imité du Code français, et elle reste un pays de droit codifié, au sens européen et continental du terme.

Par ce procédé s'établit ainsi une rencontre spontanée des systèmes qui aboutit à ce que l'on a appelé parfois des *droits mixtes*, où se combinent plus ou moins le système romaniste et le système de common law. C'est encore le cas notamment de Ceylan ou de Porto Rico. Ces droits mixtes mériteraient une étude spéciale, car il faudrait pour chacun d'eux préciser de quelle manière et dans quelle mesure ils restent fidèles à leur système d'origine. Indiquons seulement en passant que si le Québec, tout en acceptant des institutions spécifiquement anglaises comme le trust, reste résolument romaniste en droit privé, la Louisiane, malgré, nous venons de le voir, une technique législative continentale (elle possède un Code civil, un Code pénal, un

Code de procédure), paraît davantage gagnée par les principes, les méthodes et le style de la common law.

B. — A côté de ces rapprochements spontanés ou nécessaires, qui ne sont en définitive que la conséquence de certains événements de l'histoire politique (annexion, colonisation, cession de territoire), on observe un phénomène de rapprochement délibéré ou provoqué qui se réalise dans deux hypothèses ou par deux procédés principaux, confondus d'ailleurs parfois, dans une certaine mesure, par la pratique.

Le premier procédé, et le plus simple, est celui de *l'emprunt législatif*. Il a toujours existé puisque, dès le début, nous avons rappelé les emprunts probables de la Loi des XII Tables à certaines institutions grecques. Mais, depuis le XIX<sup>e</sup> siècle, c'est-à-dire depuis l'âge de la législation proprement dite, ces emprunts législatifs ont pris une importance et une fréquence grandissantes. Ainsi le droit français a emprunté au droit anglais [et il s'agit par conséquent ici d'un emprunt entre systèmes structurellement différents] le juge de paix, le jury, la transportation des condamnés à des peines criminelles, la probation, le chèque et de nombreuses règles du droit des sociétés ou du droit maritime. La Suède a donné aux autres législations, au XX<sup>e</sup> siècle, sa réforme des régimes matrimoniaux de 1920, imitée à la fois par la France, par certains pays de l'Europe continentale et par certains pays de l'Amérique latine, notamment l'Uruguay. Le système suédois des « jours-amendes » a été repris directement par le Code pénal brésilien de 1970. Enfin chacun sait que l'institution de l'*ombudsman* a été imitée par différents pays, et notamment, à une époque récente, par l'Angleterre.

Ces emprunts législatifs ont éveillé à la fois la curiosité et l'inquiétude des juristes. L'Ecole historique et l'Ecole sociologique en ont discuté le bien-fondé dans la mesure où elles portaient du principe que le droit doit surgir en quelque sorte des profondeurs historico-sociales de chaque nation. Les dogmatiques, de leur côté, ont opposé à la pratique de l'emprunt législatif la pureté du système envisagé dans sa cohésion normative. On a également souligné que l'emprunt législatif connaît des formes diverses, et on a distingué ou même opposé ainsi : — l'emprunt pur et simple, en quelque sorte utilitaire, comme celui du chèque anglo-américain par les pays romanistes ; — l'emprunt technique, comme le juge de l'application des peines, créé par l'Italie en

1930 et imité ensuite dans de nombreux pays de l'Europe et de l'Amérique latine ; — l'emprunt de politique législative, comme celui des biens réservés de la femme mariée ou l'institution des tribunaux pour enfants ; — l'emprunt par adaptation institutionnelle, comme le sursis continental, succédané du *probation system*, ou comme les mesures de sûreté, reprises sous des formes techniques différentes d'un pays à l'autre ; — l'emprunt par contagion législative, comme le régime nouveau, à la fin du XIX<sup>e</sup> siècle, des accidents du travail, de la capacité de la femme mariée et, plus récemment, de l'égalité de la filiation légitime et naturelle. Notons, à titre d'exemple, que cette dernière tendance législative se retrouve à la fois dans le *Family Law Reform Act* anglais de 1969, dans la loi allemande du 19 août de la même année, dans le Code civil néerlandais entré en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 1970 et dans un avant-projet français établi en 1971. Cette contagion législative particulière a du reste été facilitée par une Commission spéciale de l'O.N.U qui, constituée par la Commission des droits de l'homme, considérait que la situation défavorable de l'enfant naturel pouvait apparaître comme discriminatoire à l'égard d'une partie de la population. Ce qui démontre une fois de plus les implications politiques et la portée internationale de certains problèmes qui semblaient au premier abord n'être que de pur droit civil.

Plus important cependant que l'emprunt législatif est le phénomène de la *réception des droits* qui constitue à l'heure actuelle l'expression la plus complète du rapprochement volontaire ou délibéré. Certes, nous avons eu l'occasion de le noter déjà, il a existé au cours de l'histoire des cas remarquables de réception réalisée de manière progressive et, dans une large mesure, spontanée. Tel fut le cas, nous l'avons vu, de la réception du droit romain dans l'Europe continentale à l'époque de la Renaissance. Cette réception, quoique générale, n'a pas eu partout la même signification comparative. La France et les Pays-Bas, par exemple, trouvèrent surtout dans la renaissance du droit romain une « raison écrite » leur permettant de dominer et d'ordonner la diversité des coutumes. Le droit romain apparut alors comme une sorte de dénominateur commun juridique et, au XVII<sup>e</sup> siècle, Grotius et Domat à la fois le préconisent en tant qu'expression du droit naturel, c'est-à-dire aussi bien comme guide que comme idéal à atteindre. Dans le Saint-Empire, au contraire, il a été reçu comme droit applicable, et l'importance de la réception du droit

romain en Allemagne a été souvent et justement soulignée. C'est du reste cette réception généralisée, quoique diverse, qui a en définitive fondé le système romaniste et façonné le droit commun (*gemeines Recht*) européen uniforme du XVIII<sup>e</sup> siècle.

Depuis la deuxième moitié du XIX<sup>e</sup> siècle, et surtout au XX<sup>e</sup>, la réception des droits a pris un tout autre caractère. Elle est désormais délibérément voulue ou acceptée par des pays foncièrement étrangers au système qu'ils acceptent et qui en sont géographiquement distants. Ce fut le cas, nous l'avons vu, du Moyen-Orient quand, à partir de 1850, les pays musulmans se sont occidentalises du point de vue législatif pour échapper au système des capitulations. Ce fut le cas aussi de l'Extrême-Orient, notamment du Japon, à partir de l'ère du *Meiji* (1868) lorsqu'il s'est ouvert à l'Occident et a été ainsi amené à se donner des codes inspirés successivement du droit français, du droit allemand et du droit italien. Ce fut encore le cas, plus récemment, des pays d'Afrique qui, après avoir reçu une part importante du droit de la puissance colonisatrice, ont cherché, après la décolonisation, à emprunter à cette même puissance, mais cette fois de façon volontaire et délibérée, des institutions, voire même des chapitres entiers de son *corpus juris*, et parfois même entièrement des codes. De toute manière, l'exemple le plus remarquable, sur lequel il faut toujours revenir, est celui de la réception du Code civil suisse en Turquie. Nous avons rappelé déjà que, lorsque Atatürk décida la modernisation et la laïcisation de l'Etat et de sa législation, l'adoption en 1926 du Code civil suisse et, à un moindre degré, du Code pénal italien (celui de 1889) ont constitué un fait considérable. Il ne s'agissait plus en effet d'un emprunt législatif proprement dit, mais bien de l'introduction d'un système étranger avec ses règles, sa méthode et son esprit.

Cette réception globale soulève néanmoins des difficultés d'application. Tout d'abord, la jurisprudence des deux pays se développe indépendamment et de là peuvent naître des divergences importantes sur l'application d'un même texte. En outre, s'agissant de pays indépendants, la législation postérieure vient modifier unilatéralement le texte primitivement commun. On a cherché parfois à maintenir le contact entre les deux législations, et d'importants colloques turco-suisse ont fait apparaître notamment que, si le contact législatif est relativement aisé à maintenir pour des questions nouvelles répondant aux mêmes besoins dans les deux pays envisagés (par exemple la propriété des maisons

divisées par étages), ce contact est beaucoup plus difficile pour les institutions ou les problèmes anciens, comme les fondations, le régime du fond de commerce, l'institution d'un gage mobilier sans dépossession. Le maintien de la concordance des législations, en tout cas, se révèle malaisé.

La difficulté essentielle en matière de réception des droits, déjà signalée, mais sur laquelle il faut revenir, est qu'en fait cette réception n'empêche pas la survivance des coutumes anciennes, notamment à la campagne. La réforme de 1926 a importé ainsi en Turquie le mariage civil et monogamique ; mais, dans les villages, beaucoup de musulmans ont continué à se marier de manière purement religieuse (devant l'imam) et à prendre plusieurs femmes. Aussi des lois ont-elles dû intervenir tous les dix ou même tous les cinq ans pour légitimer à la fois ces unions et les enfants qui en étaient issus. L'implantation, dans un pays éloigné, d'un code civil évolué comme le Code civil suisse de 1907 suppose du reste une infrastructure administrative, ne serait-ce que par l'organisation et la tenue régulière des registres de l'état civil, et un système judiciaire qui puisse en assurer l'application ; et ces conditions ne sont pas aisées à remplir immédiatement.

Ces dernières difficultés, que l'on observe de manière plus caractéristique encore dans certains pays de l'Afrique noire ou en Ethiopie par exemple, ont pour conséquence un phénomène sociologique dont la portée juridique ne doit pas échapper aux comparatistes. Dans ces pays nouveaux ou rénovés, et spécialement en Afrique, il se produit une sorte de divorce entre la loi et les mœurs, entre le droit légal, si l'on peut dire, et le droit réel, entre le *Volksrecht* et le *Juristenrecht*, entre la *law in the books* et la *law in action*. On aboutit ainsi à ce qu'on a appelé parfois une véritable société dualiste comprenant deux cultures différentes, l'une archaïque et l'autre évoluée, qui s'appliquent concurremment dans le temps, mais séparément à des classes différentes de la population.

Par là se nuance une fois de plus la notion complexe de système juridique, dont l'aspect sociologique, une fois encore, apparaît avec évidence. Une étude serait à faire, non seulement de la technique de la réception ou même de la transformation du système reçu dans les pays de réception, mais du système nouveau qui en résulte dans sa double expression comparée. Le rapprochement des législations par réception ou absorption d'un droit conduit ainsi, dans une certaine mesure, à l'hétérogénéité

d'un système primairement homogène et qui, à travers cette mutation, devient un nouveau champ d'étude pour la recherche comparative. Cette extension hétérogène provient néanmoins, en définitive, de la rencontre et de la confrontation de deux milieux juridico-sociaux différents, sinon même opposés. Nous touchons déjà ici non plus au rapprochement, mais à la confrontation contrastée des systèmes, à laquelle il nous faut maintenant nous attacher.

## *2. Confrontation ou opposition des systèmes*

Nous avons plusieurs fois déjà rappelé comment, dans ses trois grandes phases successives du XX<sup>e</sup> siècle, la science comparative était passée de la comparaison technique des « choses comparables » (1900) au rapprochement unificateur entre systèmes différents (1925) puis, après 1945, à une comparaison fondée plus sur l'opposition que sur le rapprochement possible des systèmes, celle à laquelle les comparatistes soviétiques ont souvent donné le nom de « comparaison contrastée ».

Cette observation nous permet de constater tout d'abord une évolution remarquable de la notion de comparabilité. Les choses comparables du début du siècle s'entendaient normalement des techniques d'un même système. La comparabilité de 1925 est tirée de la constatation de la possibilité d'arriver à des solutions pratiques identiques entre systèmes de structures différentes et de la recherche commune des moyens de satisfaire des besoins également communs, au premier rang desquels figurent les nécessités du commerce international. En 1950, la comparaison se situe hors du domaine des aspirations communes, par la nécessité de connaître les systèmes différents en raison même de leurs divergences. Rappelons, une fois encore, que la guerre froide incite à se bien renseigner sur les positions de l'adversaire, tandis que la coexistence pacifique impose des relations juridiques avec le système opposé.

En même temps et corrélativement, l'étude des systèmes de structures économique-politiques et sociales différentes fait apparaître que les divergences sont plus importantes que les ressemblances. Pour employer la formule que les psychologues ont utilisée à propos du moi, on pourrait dire que tout système juridique se pose en s'opposant. Il ne s'agit pas alors du reste d'une simple curiosité intellectuelle désintéressée ; car la réalité socio-

logique qui s'oppose ainsi à notre réalité journalière devient source de réflexion et d'enrichissement.

Aussi bien, à y regarder de près, toute étude comparative se pose, en définitive, en termes de contraste. Le juriste d'un pays, formé dans et par son droit national, ne le compare jamais avec un droit étranger qu'en s'efforçant de saisir les contrastes qui le renseignent sur l'originalité et la substance propre de ce droit étranger. En poussant cette considération plus loin, on pourra dire, avec M. René David notamment, que sur le terrain du droit étranger la comparaison s'impose davantage et rapporte plus quand elle s'exerce sur un système radicalement différent plutôt que sur un système strictement comparable.

Il faut, à cet égard, revenir une fois encore sur la position respective des pays de l'Est et de l'Ouest et sur celle des juristes de ces différents systèmes. On pourrait presque dire que, de 1930 à 1970, la position de ces juristes s'est renversée. Avant 1950, ils éprouvaient de part et d'autre une certaine répugnance à confronter leurs systèmes respectifs. Aujourd'hui, comme l'a démontré par exemple la confrontation entre juristes socialistes et juristes occidentaux lors de la Semaine internationale de droit comparé de Paris en 1969, on affirme à la fois la possibilité et même la nécessité de comparer ou de confronter ces systèmes de structures socio-politiques différentes. Or, cette comparaison Est-Ouest n'est possible, rappelons-le, que lorsque sont dépassées certaines attitudes et certaines préventions anciennes. Avant la dernière guerre, et même un certain temps après 1945, les juristes socialistes refusaient la comparaison de leurs systèmes avec les systèmes occidentaux. Outre leur défiance, déjà signalée, contre le comparatisme en soi, considéré comme instrument de cosmopolitisme douteux, de propagande capitaliste ou d'impérialisme colonialiste, ils faisaient valoir d'abord que le droit comparé tend normalement à l'unification ou tout au moins au rapprochement des législations, et que les droits socialistes n'avaient rien à attendre ni à apprendre à aucun égard des droits « bourgeois ». Ils soutenaient également que l'édification du socialisme, dont le droit socialiste, nous l'avons vu, est un des instruments essentiels, ne peut être réalisée qu'en milieu exclusivement socialiste. Par une voie très différente, ils rejoignaient ici le chauvinisme ancien des premiers adversaires du comparatisme en soutenant que leur propre système ne devait pas être corrompu par des conceptions étrangères erronées, en l'espèce par des conceptions étrangères

au matérialisme dialectique. Les tenants du droit occidental, de leur côté, n'étaient pas plus ouverts à la comparaison avec les pays de l'Est. Longtemps ils ont tenté de nier non seulement la valeur, mais même la réalité du droit socialiste. Ils en contestaient l'originalité et même l'existence, ne voulant voir dans le développement du droit des pays de l'Est que la destruction de certaines valeurs, ou même des valeurs essentielles, de la civilisation occidentale. S'il en était ainsi, pourquoi étudier ce droit, dont on soutenait qu'il n'était en définitive qu'une apparence ?

Cette double attitude est aujourd'hui dépassée. Elle l'est d'abord parce que des relations plus normales, et notamment des relations commerciales, se sont établies avec les pays de l'Est. Elle l'est encore par la disparition du climat dû au stalinisme et à la guerre froide. Mais elle l'est aussi et surtout peut-être par l'évolution du comparatisme juridique. Dans la mesure en effet où le droit comparé ne se donne plus pour objet unique ou principal l'édification d'un droit mondial commun, dans la mesure aussi où la comparabilité s'étend désormais à des systèmes de structures économico-sociales et politiques différentes, les juristes de l'Est et de l'Ouest ont tout avantage à se connaître et à coopérer. Rappelons une fois encore la promulgation, en Tchécoslovaquie, d'un Code du commerce international et la proposition des pays de l'Est de créer aux Nations Unies une Commission internationale spéciale en cette matière, le commerce international, dont le rôle sur le rapprochement des droits est considérable. Rappelons enfin, sur le plan scientifique, les rencontres Est-Ouest organisées par l'Association internationale des sciences juridiques, le rôle joué par les Journées juridiques de la Société de législation comparée de Paris avec les pays de l'Est (Yougoslavie, Pologne, Hongrie, Roumanie, Tchécoslovaquie, Union soviétique), et signalons l'importance du Congrès de droit comparé organisé par l'Académie des sciences de Hongrie à Budapest en 1969. Cette « confrontation contrastée », mais loyale et complète, des systèmes ainsi envisagés nous paraît comporter trois conséquences sur lesquelles nous voudrions insister pour terminer.

Tout d'abord, elle constitue une recherche de droit comparé véritable, et pour ainsi dire épurée. Cette recherche ne vise plus, en effet, qu'à la comparaison en soi et pour soi, sans préoccupation utilitaire d'amélioration du droit existant, d'unification plus ou moins poussée, ou même de constitution d'un fond juridique commun entre les systèmes étudiés.

En second lieu, cette confrontation soulève ou fait apparaître sous un jour nouveau la question de l'équilibre et de la position respective des systèmes. Cette question, en effet, devient celle de savoir s'il existe vraiment un dualisme oppositionnel du droit occidental et du droit socialiste. L'idée d'un « droit occidental » groupant en somme le système romano-germanique et le système anglo-américain a été souvent mise en avant depuis quelques années. Ce système occidental se caractériserait, dit-on, parce qu'il repose sur une société libérale, individualiste, de tradition chrétienne, ayant une même conception du droit et de la règle de droit et un même désir de stabilité juridique pour assurer la conservation de certaines valeurs fondamentales. A l'inverse, le droit socialiste apparaît comme essentiellement mobile, comme se voulant d'ailleurs lui-même transitoire, en vertu de la fameuse doctrine du dépérissement du droit, comme dominé par des conditions économiques et comme exprimant l'état actuel de la planification étatique des démocraties populaires.

Notons au surplus que cette unité du droit occidental, que l'on présente souvent comme une idée nouvelle, a des racines assez anciennes. Ainsi, au début du XIX<sup>e</sup> siècle, les Etats-Unis, détachés de l'Angleterre avec l'aide de la France et très proches à beaucoup d'égards des idées de la Révolution française, avaient envisagé de rejeter la common law anglaise pour y substituer un droit plus ou moins imité du droit français. C'était la tendance développée, au moment de l'Indépendance, par Thomas Jefferson et ses partisans, qui entendaient par là se conformer aux principes de la Déclaration des droits. Cet effort devait échouer, et principalement par l'action de deux grands juristes, fondateurs, peut-on dire, du droit américain comme tel, Story et Kent. Or, il est curieux de noter qu'un des arguments essentiels de Story et de Kent pour justifier le maintien du système de common law consistait à soutenir que ce système, comme le droit français de la Révolution de 1789, était en réalité fondé sur la défense des droits de l'homme et sur les principes du droit naturel. Quelle plus belle affirmation, par avance, de l'unité au moins idéologique du droit occidental ?

Cependant, du point de vue législatif et procédural, il existe, nous l'avons dit déjà, de nombreuses affinités entre droit socialiste et système romaniste qui, comme tels, font que droit socialiste et droit romaniste s'opposent, pour une assez large part, au système de common law. Un juriste socialiste comme M. Andrejew a pu

relever, de son côté, au Congrès de droit comparé d'Uppsala de 1966, que lorsqu'on étudie la protection pénale de la famille, par exemple, on observe des oppositions entre les sociétés à civilisation technique développée et les sociétés moins évoluées comme certaines sociétés de l'Afrique noire notamment. A cet égard, il existe une sorte de structure commune de la famille européenne, valable pour les pays de l'Est et de l'Ouest, que ce soient des pays de capitalisme avancé ou des démocraties populaires évoluées. Nous n'entendons pas dire par là, et M. Andrejew entendait moins encore, que l'opposition entre droit socialiste et droit occidental n'existe pas. Nous voulons dire seulement qu'il faut prendre conscience de la portée exacte et des limites de cette opposition.

On peut se demander enfin, ce qui constitue notre troisième observation, si, à côté des législations, des systèmes ou des familles de droit, quelle que soit l'expression qu'on donne à ce phénomène juridique, il ne conviendrait pas de reconnaître l'existence, ou tout au moins la notion de certains *types de droit*. Gabriel Tarde, lors du Congrès de 1900, avait déjà entrevu et même proposé une « typologie des législations ». Dans cette conception, telle que nous pouvons aujourd'hui la formuler à la suite de l'affrontement Est-Ouest ou de la comparaison Nord-Sud dont nous avons déjà parlé, il ne s'agit plus, dans un type de droit donné, d'affinités dues à une origine, un développement, une méthodologie juridique plus ou moins commune. Le *type*, à cet égard, dépasse et même peut parfois contredire le *système*. Il y aurait ainsi au moins un type libéral, un type socialiste et un autre type qui pourrait être demain le type afro-asiatique, où l'attachement à des coutumes extra-juridiques se combinerait à un nouveau régime de droit intermédiaire entre le libéralisme de l'Ouest et la structuration socialiste de l'Est.

De toute façon, comme Wigmore le signalait déjà en 1928, les systèmes doivent être étudiés en eux-mêmes et comme un tout dans leur constitution et leur évolution externe, indépendamment de leurs institutions spécifiques internes. Wigmore donnait à cette science le nom de *science nomogénétique*. Nous ne pouvons ici que le rappeler en passant, mais pour souligner que ce point de vue fait apparaître toute la richesse du rapprochement des systèmes, même structuralement différents, en tant que réalité socio-politique et en tant également qu'éléments de la société humaine.

## VI

# DROIT COMPARÉ ET UNIFICATION DES DROITS

L'unification des droits est un des problèmes majeurs du droit comparé. Il est significatif, à cet égard, que, dans son livre que nous avons souvent cité, Gutteridge, qui en était pourtant l'adversaire, lui consacre trois chapitres consécutifs. Certains comparatistes ont même été, à une certaine époque au moins, jusqu'à faire de l'unification le but final de la recherche comparative. Cependant, comme le droit comparé lui-même, ce n'est qu'au début du XX<sup>e</sup> siècle que cette préoccupation s'est affirmée nettement et que le mouvement pour l'unification du droit s'est pleinement développé. Alors sont apparues ce qu'on peut appeler les premières formes et les premières conceptions de l'unification. A la suite de la deuxième guerre mondiale, et après la crise du comparatisme dont nous avons plusieurs fois parlé, le mouvement d'unification a pris des aspects nouveaux qui, dans une certaine mesure, s'opposent aux conceptions de l'époque précédente. Cette double évolution doit évidemment nous retenir ; son examen nous permettra de dégager ensuite, très rapidement, la situation actuelle et les perspectives d'avenir en matière d'unification.

### *1. Les premières conceptions et les premières formes de l'unification*

On a, comme toujours, voulu chercher des précédents lointains au mouvement moderne d'unification. Le développement à Rome du *jus gentium* serait ainsi un effort pour constituer un droit uniforme applicable aux relations entre Romains et étrangers ou provinciaux. Le mouvement en faveur du droit naturel du XVI<sup>e</sup> au XVIII<sup>e</sup> siècles a également, nous avons eu l'occasion de le signaler, une vocation universaliste, et le *Theatrum legale*,

ce grand tableau évolutif de toutes les législations du monde envisagé par Leibniz en 1667, avait peut-être, dans le même climat, des arrière-pensées unificatrices. De manière plus concrète et plus précise, Jacques I<sup>er</sup> d'Angleterre, lorsque, dans les premières années du XVII<sup>e</sup> siècle, il succéda à Elisabeth, voulut, au lendemain de l'Acte d'Union avec l'Ecosse, unifier le droit anglais et le droit écossais, lequel n'est pas issu de la common law et comporte des apports romains. Cette unification ne fut cependant pas entreprise, le souverain en ayant été, dit-on, dissuadé par Bacon.

Il faut attendre la deuxième moitié du XIX<sup>e</sup> siècle pour que se réalisent les premières tentatives d'unification. Elles sont dues, d'abord, à des raisons pratiques et au développement du commerce et des relations internationales. Leone Levi fait ici figure de précurseur en entreprenant, dès 1850, la comparaison du droit commercial de la Grande-Bretagne avec le droit romain et les codes ou les lois de cinquante autres pays et en établissant pour la première fois, de manière très nette, une liaison entre l'étude comparative et l'unification des droits.

En 1865, un premier congrès, réunissant des spécialistes de droit commercial, étudié à Sheffield les possibilités d'unification de certaines parties du droit maritime. En 1877, l'International Law Association réalise une première unification célèbre en matière de droit maritime, par les règles d'York et d'Anvers sur les avaries communes. A cette unification purement privée succèdent bientôt des conventions d'unifications officielles : à Berne pour le droit d'auteur (1886) et pour le transport terrestre des marchandises (1890) ; à Bruxelles, en matière de droit maritime encore, en ce qui concerne l'abordage (1910). Il est inutile de revenir ici sur les conventions de La Haye d'avant la première guerre, visant à unifier le domaine des conflits de lois. Le mouvement reprend ensuite et aboutit notamment aux conventions de Genève de 1930 et 1931 sur le billet à ordre, la lettre de change et le chèque, et aux deux conventions de La Haye de 1964 portant loi uniforme sur la vente internationale d'objets mobiliers et sur la formation de ce contrat de vente.

Le mouvement d'unification revêt donc, comme on le voit, une large ampleur et présente une grande continuité. Il convient maintenant de préciser tour à tour quels facteurs agissent en cette matière et quelles sont les modalités premières de ces expériences d'unifications.

A) — Les *facteurs* de l'unification sont d'abord, d'une part, le désir d'une plus grande sécurité en matière de commerce international, et, d'autre part, le désir non moins vif d'échapper à la complexité et à l'incertitude des conflits de lois, que précisément la loi uniforme a pour objet de supprimer. On peut ajouter, à l'époque que nous venons de considérer, la confiance des juristes dans l'action des gouvernements et dans le pouvoir du législateur ; les gouvernements, estime-t-on alors, vont de plus en plus coopérer en matière internationale et le législateur, de son côté, est tout-puissant. Il faut donc instaurer une législation internationale, ou, plus exactement, inter-étatique. La souveraineté des Etats ne sera pas atteinte, puisque chacun des pays signataires devra donner son accord.

Après la première guerre mondiale, on voit agir dans le même sens les espoirs alors placés dans les grandes organisations internationales. Nous avons déjà rappelé la création, par la Société des Nations, en 1926, à Rome, de l'Institut international pour l'unification du droit privé dont l'action — sur laquelle nous reviendrons — a été féconde. Rappelons de même, une fois de plus, celle du Bureau international du travail. Si, après 1945, les Nations Unies se montrent à certains égards plus timides en matière d'unification que la S.D.N., les organismes internationaux pouvant servir à cette unification, néanmoins, sont à la fois plus nombreux et plus agissants.

Il faut enfin rappeler encore l'apparition et le développement, depuis cinquante ans, de branches du droit de caractère proprement international, qui tendent naturellement à l'uniformité. Il en est ainsi non seulement, comme à la fin du XIX<sup>e</sup> siècle, en matière de droit commercial ou maritime et afin de favoriser l'application pratique de ce droit, mais en d'autres branches, qui constituent des matières universelles par essence, débordant le cadre national : ainsi le droit social, le droit du travail, le droit aérien, et plus tard le droit spatial et le droit nucléaire. Pour se rendre clairement compte de cette évolution, il suffit de considérer un instant la matière très actuelle de la lutte contre les pollutions. La pollution de l'air ou de l'eau pose des problèmes de caractère international réclamant à la fois la coopération des Etats et celle des juristes, des savants et des techniciens, et intéressant toutes les branches du droit : droit public et droit privé, droit administratif et droit commercial, droit social, droit économique et droit international public (notamment ici, en ce qui

concerne le régime des mers et des fleuves internationaux). L'étude, et plus encore la solution, d'un tel problème font normalement appel à l'universalisme.

On comprend donc que depuis près d'un siècle on se soit préoccupé de réaliser, en certaines matières, des lois uniformes. Le mouvement se heurte cependant à certaines résistances et à certaines difficultés. Les résistances viennent d'abord des Etats eux-mêmes qui, malgré tout, restent jaloux de leur souveraineté. Il existe en même temps une xénophobie fréquente et plus ou moins diffuse de l'opinion publique, à quoi s'ajoute une défiance presque naturelle du juriste pour les règles d'origine étrangère ou de portée internationale. On a souvent noté le réflexe de recul des *Common Lawyers* en face de toute tentative un peu large d'unification, et la protestation qu'ils élèvent, moins peut-être d'ailleurs contre l'adoption de certaines règles positives que contre l'emploi de certaines méthodes d'origine romaniste ou contre l'affirmation préalable de principes généraux. Il est significatif que les pays de *common law* soient restés en dehors des conventions de Genève de 1930 sur les effets de commerce. On peut également relever l'attitude, cette fois quelque peu contradictoire, des pays d'Afrique noire. Ils se montrent très désireux de réaliser entre eux une certaine unification et d'aboutir à la création d'un « droit africain » ; et chacun d'eux cependant, comme l'a noté un spécialiste, commence par « s'enfermer dans son atelier juridique ».

Ces défiances sont fortifiées par les difficultés d'application que soulève toute loi uniforme. Rappelons-nous le décalage déjà signalé entre le Code civil suisse dans la Confédération helvétique et le même Code transplanté en Turquie. Juges et juristes nationaux ont tendance à ramener les règles internationales à leurs techniques et à leurs législations internes : d'où des divergences d'interprétation sur le même texte unifié à l'intérieur des pays signataires. Ainsi la loi uniforme, déjà compromise à l'origine par les réserves qu'on autorise de la part des Etats adhérents, l'est plus encore ensuite par la diversité jurisprudentielle de son application. Le remède, ici, serait sans doute d'arriver à une interprétation internationale autoritative ; mais le problème est alors de savoir qui pourrait la donner. La création d'une Cour de cassation internationale, ou, du moins, inter-étatique, n'est pour l'instant qu'une spéculation de l'esprit. Ce qui manque le plus, semble-t-il, c'est une coopération organisée des juristes et un état d'esprit universaliste des professions juridiques et des représentants de la

doctrine. La loi uniforme exige en réalité une formation comparative, à la fois pour sa rédaction, qui représente toujours une transaction entre les législations divergentes, pour son explication et pour son application. Nous sommes ainsi logiquement conduits à examiner les modalités de l'unification.

B) — Ces *modalités* sont d'autant plus diverses qu'il est sans doute inexact ou tout au moins aventureux de parler, comme on le fait le plus souvent, de l'unification en général et envisagée comme un tout. Rappelons-nous ce que nous avons dit déjà du rapprochement des législations et des systèmes. En matière d'unification également, il convient de distinguer l'unification nationale de l'unification internationale, et d'établir ensuite à l'intérieur de cette dernière des sous-distinctions importantes.

L'unification nationale, malgré les apparences premières, ne doit pas rester étrangère à la recherche comparative, car elle repose sur la confrontation et le choix entre plusieurs régimes légaux, fût-ce à l'intérieur d'un même pays. Tel a été le cas, on le sait, du Code Napoléon réalisant en 1804 ce que Bourjon avait appelé, dès 1747, « le droit commun de la France », le cas encore du BGB réalisant l'unification du droit allemand et le cas du Code civil suisse de 1907, ou, dans son domaine propre, du Code des obligations.

Cette unification nationale présente, ne l'oublions pas, une acuité particulière dans les pays nouveaux ou remaniés, comme ce fut le cas de l'Europe après la première guerre mondiale, en Pologne ou en Roumanie par exemple, où l'unification fut poursuivie sur la base de la comparaison des différents droits appliqués sur le territoire national. Bien entendu ce problème de l'unification nationale se pose spécialement dans les pays fédéraux où, comme aux Etats-Unis, des législations particulières s'appliquent dans les différents Etats. En 1912, la *National Conference of Commissioners on Uniform State Law*, au titre significatif, prenant la suite des réunions organisées par l'*American Bar Association* depuis 1892, a entrepris de faire des recommandations aux différents Etats en faveur de lois uniformes ou de lois modèles. Après la deuxième guerre, l'*American Law Institute*, qui est du reste un organisme privé, a entrepris de faciliter l'uniformisation par deux procédés essentiels. D'abord, le *Restatement* ou présentation systématique de certaines matières d'après la confrontation méthodique des solutions adoptées dans les différents Etats. Depuis

le *Restatement* des contrats, publié en 1932, l'expérience a été continuée, notamment en ce qui regarde la représentation (*Agency*), les conflits de lois, les délits civils (*Torts*), la propriété, le Trust. L'American Law Institute a préparé, en second lieu, des lois modèles proposées aux différents Etats en vue de leur adoption éventuelle par la législature de chacun de ces Etats. C'est ainsi que l'*Uniform Commercial Code* de 1952 a été depuis adopté déjà dans trente Etats des Etats-Unis. Un Code pénal modèle et un Code de procédure pénale, établis suivant la même technique, sont actuellement à leur dernier stade d'élaboration. Dans ces diverses expressions, cette unification nationale suppose donc un travail comparatif intense et, en ce sens, Sauser-Hall a justement souligné l'importance de ce qu'il appelait le « droit comparé interne ».

L'unification internationale reste malgré tout la plus importante. Elle se réalise entre pays différents et indépendants et, comme le rapprochement des droits, elle peut être soit spontanée ou accidentelle, soit au contraire volontaire et délibérée.

L'unification spontanée est imposée par les besoins de la pratique et par l'action des praticiens. Ce fut le cas depuis le Moyen Age en ce qui concerne la *lex mercatoria* continentale à laquelle a correspondu la *law merchant* en Angleterre. Dès cette époque, le droit commercial aspirait à une expression universaliste. Les mêmes besoins et les mêmes circonstances ont, par la suite, continué à produire les mêmes effets. C'est pourquoi, après l'ère de codification du XIX<sup>e</sup> siècle, qui aboutissait à renfermer dans une réglementation nationale le droit des commerçants, un droit des affaires de caractère international a tendu tout naturellement à se reconstituer. Un spécialiste, M. Lepaulle, a pu dire « qu'il y avait là une réalité concrète, uniforme dans ses contours, ses standards, son vocabulaire » pour un monde que ne satisfait pas « le jeu imparfait des règles de conflits de lois et qui tente de plus en plus consciemment d'amorcer le développement de son propre système de droit ». Rappelons-nous ce que Rabel et Lambert ont dit au sujet de ce développement et comment on a pu y voir une expression du corporatisme moderne. La pratique des contrats-types uniformes et le recours à un arbitrage privé international ont largement facilité le développement de ce droit commun coutumier uniforme de la pratique commerciale internationale.

L'unification proprement dite reste néanmoins l'unification délibérée qui se réalise par trois procédés principaux : et, tout d'abord, sous la forme, devenue en quelque sorte classique, de

la *convention portant loi uniforme*. Cette convention oblige tous les Etats signataires à modifier leur législation nationale pour adopter les règles de la loi uniforme. L'unification peut se réaliser, en second lieu, par l'*élaboration en commun de règles légales* qui seront ensuite incorporées dans le droit national des pays représentés à cette élaboration commune, mais sans que ces pays soient tenus d'une obligation à priori, et en laissant à chaque Etat le soin d'apprécier quand, dans quelle mesure et selon quelles formes il procèdera à cette incorporation des règles communes dans son droit particulier. Enfin, le troisième procédé, qui est voisin, est celui de la *loi-type* ou de la loi modèle préparée par un organisme, officiel ou privé, et proposée en exemple aux législateurs des différents pays en cause. Comme nous venons de le voir à propos des Etats-Unis, ces législateurs peuvent alors adopter la loi proposée en tout ou en partie et lui faire subir éventuellement les modifications qu'ils estiment utiles.

Telles sont les formes qu'on peut appeler traditionnelles de l'unification. Quant à sa portée, cette unification peut être soit *bilatérale*, c'est-à-dire envisagée entre deux Etats, comme l'avait été par exemple le projet franco-italien des obligations de 1929, soit, plus fréquemment, *multilatérale*, engageant alors tous les Etats signataires, et, par suite, établie sur la base d'une réglementation internationale uniforme : tel est le cas de la convention de Varsovie sur le transport aérien, ou des lois uniformes de Genève sur les effets de commerce et le chèque.

Toujours du point de vue de la portée de l'unification, il faut distinguer l'unification *régionale* de l'unification *universelle*. La première se réalise entre pays voisins ou réunis en un groupement politico-économique limité : nous allons avoir l'occasion d'y revenir. La seconde engage au contraire des pays divers et a pour caractéristique d'être ouverte à des Etats relevant de systèmes différents. L'Union scandinave est un exemple typique d'unification régionale, tandis que les conventions de La Haye sont l'exemple, au contraire, de conventions de portée universelle.

Quant à son contenu, l'unification peut, suivant une distinction habituelle, être soit « totale », soit « partielle », mais ces termes eux-mêmes peuvent s'entendre de deux façons différentes. La véritable unification totale, générale et complète serait celle qui réaliserait l'uniformité législative de tous les systèmes sur tous les points. Ce beau rêve des partisans, en 1925, du « droit mondial » est évidemment irréalisable. Plus concrètement et plus

prudemment, on entend alors aujourd'hui par *unification totale* celle qui réalise l'uniformité des systèmes adhérents aussi bien dans les relations internes que dans les relations internationales ; cette unification saisit donc la matière uniformisée dans toutes ses manifestations juridiques : tel est le cas spécialement des conventions de Genève de 1930 sur les effets de commerce. *L'unification partielle*, au contraire, est celle où les règles uniformes ne s'appliquent que dans les rapports internationaux ; le régime intérieur de chaque Etat signataire n'est alors pas affecté par les conventions d'unification qui ne jouent par conséquent que dans le domaine spécial des relations internationales. Il en est ainsi de la convention de Varsovie de 1929 sur le transport aérien ou de la convention de La Haye de 1964 sur la vente mobilière.

Nous apercevons ainsi déjà que des distinctions multiples ont été élaborées par la doctrine et la pratique au fur et à mesure que se développait, dans la première moitié du XX<sup>e</sup> siècle, le mouvement d'unification. Ce mouvement a pris cependant, désormais, des aspects nouveaux dont il faut maintenant nous préoccuper plus spécialement.

## 2. Les aspects nouveaux de l'unification

Ces aspects nouveaux se manifestent à la fois en ce qui concerne les conditions et les techniques de réalisation de l'unification. Examinons donc successivement ces deux ordres de questions.

A) — Les *conditions* générales de l'unification tendent aujourd'hui à se modifier, mais ces conditions se trouvent également modifiées, et plus encore peut-être, par le développement des unions de caractère régional. Il faut bien distinguer ces deux aspects du problème.

En ce qui concerne les conditions générales de l'unification, nous allons retrouver des thèmes déjà rencontrés et tout d'abord noter que les conceptions se sont en cette matière sensiblement modifiées depuis le début du siècle. De 1900 à 1925, on est allé de la recherche patiente et minutieuse du droit commun législatif à la conception plus hardie d'un droit mondial uniformisé. Après la seconde guerre, on est devenu plus sensible aux obstacles et même aux dangers d'une unification précipitée : la séparation du

monde en deux blocs et la division du droit en trois systèmes largement irréductibles rendaient plus difficiles les efforts d'unification. On n'a pas manqué en outre de faire valoir que l'unification peut, à côté de ses avantages, présenter certains dangers : d'une part, on risque de s'épuiser en vains efforts dès qu'on quitte le domaine limité des relations commerciales internationales où, de toute manière, une certaine uniformisation s'impose ; d'autre part, les unifications partielles, incomplètes ou hâtives posent souvent plus de problèmes qu'elles n'en résolvent. Les zéloteurs intempestifs de l'unification des années 30 ont en définitive plus desservi que servi leur cause. On tend donc désormais à se montrer prudent en face des propositions d'unification et on exige également, ce qui est largement nouveau, qu'elles reposent sur une exploration scientifique préliminaire des matières à unifier.

En revanche, des occasions nouvelles se présentent en matière d'uniformisation. Il serait trop long d'énumérer tous les organismes ou tous les centres d'études qui, au lendemain de la seconde guerre, se sont employés à coordonner les efforts ou à promouvoir une politique d'unification ou d'uniformisation. Jamais les juristes n'ont été autant appelés à collaborer pour rechercher des terrains d'entente, de transaction ou de coopération. L'apport nouveau le plus remarquable vient sans conteste du développement d'unions régionales qui tendent naturellement vers l'unification. A cet égard, plusieurs remarques s'imposent.

Certains auteurs, comme M. Graveson, ont observé que la common law, comme l'Islam, avaient agi dans le sens du rapprochement des peuples et des législations en leur proposant non seulement un système de droit, mais une manière de vivre ou une manière de penser et d'agir qui dépasse les règles de la technique juridique et en même temps pousse à l'uniformité des solutions positives. On est alors en présence d'un vaste régionalisme non législativement structuré, mais dont l'action harmonisatrice est indéniable.

De la même manière, à beaucoup d'égards, une parenté de langue, de mœurs, de traditions, complétée par la volonté de s'unir et par une confiance réciproque, est à la base de l'Union nordique. A la fin du XIX<sup>e</sup> siècle, le Danemark, la Norvège et la Suède ont commencé à rechercher le rapprochement systématique de leurs législations ; ils y sont parvenus au début de 1881 pour les effets de commerce, puis pour le droit maritime. Ce mouvement s'est développé, et, plus tard, la Finlande et l'Islande

se sont jointes aux Pays scandinaves ; on a abordé alors le droit des contrats, la représentation, et même, ce qui est remarquable, le droit de famille (convention de Stockholm de 1931 sur la compétence judiciaire en matière de divorce). Une coopération active s'est établie ensuite en matière de droit pénal et surtout de politique criminelle, grâce, principalement, aux réunions des Associations des criminalistes nordiques affirmées, depuis 1936, par la publication d'un Annuaire commun. Le Conseil nordique, constitué après la deuxième guerre, a, en l'accentuant, donné son caractère officiel à ce mouvement d'unification. En 1960 a été créé un Comité nordique pour le droit pénal.

La décolonisation des pays d'Afrique les a poussés à établir sans doute une législation nationale, mais aussi, nous l'avons vu, à tenter de créer un droit d'Afrique aussi unifié ou harmonisé que possible. On se trouve, ici encore, en présence d'une zone juridique spéciale, réunissant des Etats voisins qu'unissent des affinités diverses, comme l'était déjà l'Union nordique. On peut citer encore, dans le même sens et avec les mêmes caractères généraux, d'une part les efforts de la Ligue arabe qui tendent, dans une certaine mesure, à une uniformisation des droits du Moyen-Orient, et d'autre part, en Amérique latine, le mouvement créé par l'Institut d'intégration latino-américaine (lui-même créé par la Banque interaméricaine pour le développement économique) qui cherche à unifier la terminologie, à définir les institutions et à déterminer les matières propres à l'unification de cette région du monde. Cet Institut cherche également à proposer aux gouvernements des lois types et un code pénal modèle est actuellement en préparation.

Il faut, bien entendu, attacher une importance toute particulière aux grandes organisations européennes officielles. A l'Est, le COMECON, ou Conseil d'entraide économique mutuelle, constitué au début de 1949, mais actif surtout depuis 1956, a été structuré en 1959. Il comprend désormais une assemblée, un Comité exécutif, des Commissions et un très important Secrétariat général. Ses tâches sont sans doute essentiellement économiques, mais on sait l'importance, sur le plan juridique, des problèmes et de l'action économiques dans un régime général d'économie planifiée. Cet organisme peut faire aux Etats membres des recommandations et préparer des accords internationaux.

A l'Ouest, existent les trois Communautés européennes dont il suffit de rappeler rapidement l'existence : la Communauté euro-

péenne du Charbon et de l'Acier (CECA), constituée par le traité du 18 avril 1951, entré en vigueur en février 1953 ; la Communauté européenne de l'énergie atomique (EURATOM), instituée par le traité de Rome du 25 mars 1957, entrée en vigueur le 1er janvier 1959, et surtout la Communauté Economique Européenne (CEE ou Marché Commun), créée également par le traité de Rome du 25 mars 1957, qui prévoit le rapprochement progressif des Etats membres ainsi que le rapprochement de leurs législations économiques et sociales. Le même traité institue une Cour de justice des Communautés ayant pour objet d'assurer « le respect du droit dans l'interprétation et l'application des traités ayant institué les trois Communautés ».

Ces organisations régionales officielles et inter-étatiques présentent des avantages évidents. Elles sont constituées et structurées par les Etats eux-mêmes et appelées à agir fortement en faveur de l'unification. Elles se réalisent dans un cadre géo-politique qui connaît les mêmes problèmes et cherche à les résoudre de la même façon. Elles reposent sur l'unité ou la proximité des conceptions légales permettant une délimitation préalable et une coopération ultérieure facile en matière d'unification. Il s'effectue ainsi une sorte de comparaison interne permettant de définir le cadre du système régional lui-même.

Ces organisations présentent néanmoins quelques inconvénients : elles sont moins faciles à bien définir qu'on ne le croit au premier abord, car on peut se demander si le plan régional sur lequel elles s'appuient est politique, socio-économique, géographique ou idéologique. En ce qui concerne spécialement l'Europe, de laquelle s'agit-il : celle du Conseil de l'Europe, celle du Marché Commun ou celle qui irait de l'Atlantique à l'Oural ? On rencontre en outre une multiplicité d'organismes coexistants : l'Union nordique, le Benelux, le Conseil de l'Europe, les Communautés européennes. Ces cadres régionaux se superposent souvent ; d'où la nécessité d'une nouvelle coordination de ces organismes, qui n'est pas encore pleinement réalisée.

Le principal problème, en ce qui concerne tout au moins l'aspect comparatif, est la relation à établir entre l'unification régionale et l'unification universelle. Il est sans doute aisé de les distinguer et même de les opposer ; mais on peut se demander si l'unification régionale, dont les progrès actuels sont un des aspects nouveaux du problème de l'unification, constitue un premier pas vers une unification plus large, à portée ou du moins

à tendance universelle, ou ne représente pas au contraire un obstacle à cet élargissement éventuel ; le succès obtenu dans un cadre restreint établirait ainsi une limite de fait, sinon même une limite de droit, aux efforts d'unification ayant pour objet un cadre plus étendu. Peut-il, au surplus, y avoir coexistence ou coopération entre l'échelon national et l'échelon universel, et, en cas de réponse affirmative, comment faut-il concevoir cette coopération ou cette coexistence ?

On a proposé parfois que, dans son domaine propre, les « standards minimum » de l'Organisation internationale du travail, qui constituent des éléments actifs importants de l'unification universelle, soient repris ensuite à l'échelle régionale. Selon cette conception, les principes généraux ou les directives émises sur le plan universel seraient, dans ce cadre limité, traduits en éléments législatifs plus concrets et plus stricts qu'ils ne peuvent l'être dans le cadre international général. Il existerait ainsi une unification établie en quelque sorte à deux degrés et combinant à la fois les possibilités et les avantages de l'unification universelle et ceux de l'unification régionale. Le problème reste posé, mais il n'est pas pour autant résolu ; car on peut se demander s'il ne faut pas craindre des conflits éventuels entre règles universelles et règles régionales. De toute façon, notons le rôle de plus en plus important du mouvement régional d'unification.

B) — Il est temps d'aborder maintenant les *techniques* de réalisation de l'unification moderne. Remarquons ici tout de suite un double mouvement en apparence contradictoire : d'une part, nous voyons se développer et se perfectionner les techniques de l'unification ; mais, d'autre part, nous observons un certain éloignement de la notion d'unification législative entendue *stricto sensu*.

Le développement des techniques de l'unification est caractéristique de la période qui suit 1950. Lors de la rencontre organisée à Barcelone en 1956 par l'UNIDROIT sur les méthodes de l'unification, on a beaucoup insisté sur la nécessité de rationaliser et d'utiliser scientifiquement les problèmes de l'unification. Le rapporteur général, M. Matteucci, a souligné les conditions préalables et la nécessité de distinguer les phases successives (préparatoires, de délibération, puis de réalisation) de l'unification. On peut ainsi se demander si nous ne voyons pas naître en quelque sorte une science spéciale de l'unification du droit, qui vise-rait à examiner systématiquement les conditions et les modalités

de l'unification positive, et qui aurait pour charge en même temps d'étudier l'application et les résultats des expériences d'unification déjà réalisées.

Il apparaît en même temps que l'on se dégage actuellement de la notion, autrefois très large, de l'unification, aussi bien en ce qui concerne la matière traitée que les pays intéressés. La convention d'unification sur la vente, de 1964, est essentiellement partielle, puisqu'elle ne vise que les relations internationales et qu'elle se réduit à la seule vente des objets mobiliers. Le succès de l'entreprise paraît donc recherché dans une limitation délibérée du domaine de l'unification proposée. On aboutit ainsi à la notion nouvelle des *préalables* de toute unification.

Ces préalables sont de nature différente. Ce sera d'abord la détermination de l'aire géographique de l'unification. S'agira-t-il de deux pays, comme le projet franco-italien des obligations, d'une région unie économiquement, comme la petite Europe, d'un cadre régional plus large, comme les pays de l'Amérique latine ou de l'Afrique noire, ou enfin d'un cadre universel comme celui de la convention de La Haye ?

Un autre préalable important est la notion très moderne d'*unifiabilité* : toutes les matières ne sont pas propres à l'unification, mais certaines peuvent le devenir ; et l'on a vu par exemple que, si le droit des personnes, de la filiation ou du mariage se prête en général assez mal à une unification totale, on a obtenu néanmoins des succès importants en cette matière dans l'Union nordique. Un spécialiste comme M. Limpens a souligné à cet égard qu'il importait de sérier les matières unifiables et de les classer par ordre d'urgence. Dans les pays d'Europe, le droit commercial et le droit maritime restent des matières privilégiées. En droit africain l'unification a paru au contraire se réaliser plus facilement en matière de droit fiscal ou douanier. Il existe, expose encore justement M. Limpens, des « constantes de l'unification » qu'il convient de ne pas perdre de vue. Ici aussi on pourrait parler d'une « science de l'unification du droit ».

Un autre préalable, d'ailleurs voisin, dérive de ce que l'unification doit être voulue, ou du moins désirée ou ressentie comme un besoin. Il importe donc de rechercher où et comment se manifeste ce besoin en face des réticences toujours probables des juristes, des résistances de certains spécialistes et de la lenteur des gouvernements. Comme l'a souligné le regretté Essel E. Yntema, l'unification, pour réussir, doit donc être précédée d'une étude

comparative des systèmes, des milieux et des conditions économico-sociales des pays qui entendent la réaliser. Soulignons, une fois encore, que nous voyons ici la recherche comparative, lorsqu'elle s'oriente vers des fins concrètes, prendre un caractère sociologique et, une fois de plus aussi, se dégager du mondialisme unificateur des années 1925.

Pour être complet, il faudrait examiner les techniques développées dans les différentes organisations régionales. Une telle étude excéderait manifestement les limites de notre exposé. Bornons-nous ici à rappeler les trois procédés, en gradation ascendante, du Traité de Rome organisant les Communautés européennes. Ce sont : la *recommandation* ou invitation adressée aux Etats membres de rapprocher, s'ils le veulent, leurs législations positives ; la *directive* qui, au contraire, lie les gouvernements et les oblige à modifier leurs droits positifs, tout en leur laissant le choix des formes et les moyens d'y parvenir ; enfin le *règlement* résultant d'un véritable pouvoir législatif du Conseil de la CEE, qui pose des règles immédiatement exécutoires et uniformes dans tous les Etats membres.

On a déjà noté, car ce sont là des techniques traditionnelles, la différence entre l'élaboration concertée, la loi modèle et la convention internationale. Rappelons que la convention joue aussi un rôle important dans le cadre des Communautés. Elle peut, soit porter loi uniforme, soit se limiter aux conflits de lois, soit enfin poser des règles de droit communautaire, c'est-à-dire de droit interne commun dans un Etat membre associé dans la Communauté.

Ce droit communautaire est par lui-même un droit unifié, mais propre néanmoins à chacune des Communautés, comme la CEE ou la CECA par exemple. Il s'agit d'un droit autonome, supérieur aux droits nationaux et présentant le caractère à la fois d'un droit national et d'un droit international. On sait du reste que lorsqu'une question d'interprétation du Traité de Rome ou de validité des actes pris par les institutions de la Communauté se pose devant une juridiction d'un Etat membre, cette juridiction peut demander à la Cour des Communautés de se prononcer sur ce point en particulier. Cette pratique des *questions préjudicielles*, notamment en matière sociale, fiscale ou même commerciale, met en jeu la coopération juridique inter-étatique dans le cadre des Communautés et favorise le développement du droit communautaire unifié.

### 3. *Situation actuelle et perspectives d'avenir*

Toutes ces techniques nouvelles sont propres à développer l'unification des droits. Cependant, on n'a pas manqué d'observer que les textes qui régissent les Communautés européennes parlent moins d'unification que de rapprochement, de coordination ou d'harmonisation des droits. On semble par là exclure, du moins en règle générale, le recours à la loi uniforme. On se dégage ainsi de l'unification proprement dite au moment même où l'on s'applique à en perfectionner les instruments et l'usage. Il faut, pour terminer, s'arrêter sur cet aspect particulier du phénomène en en précisant tour à tour les causes et les conséquences.

Les raisons de cette attitude nouvelle sont doubles. D'une part, l'expérience positive de l'unification a été, somme toute, décevante, surtout pour ceux qui la rêvaient complète et générale. Elle est restée — ou devenue — limitée à la fois dans l'espace, en ce qu'elle tend à être principalement régionale, et dans son objet, en ce qu'elle n'a porté utilement que sur certaines matières, principalement de droit commercial. En même temps, elle s'est révélée relativement peu efficace aussi bien par l'inclusion de réserves dans les conventions d'unification que par les divergences d'interprétation jurisprudentielles nationales qui ont encore réduit la portée d'une uniformité péniblement acquise sur des points cependant limités.

D'autre part, et surtout, l'unification telle qu'elle ressort d'une loi uniforme porte essentiellement sur des règles de droit (par exemple, les conditions de validité du chèque) que l'on rend identiques dans tous les pays signataires de la convention. Or, de ce point de vue, une évolution importante s'est accomplie à l'époque la plus moderne. On a déjà vu que certaines conventions, spécialement en matière de droit du travail, se bornent à poser des principes de caractère extrêmement large. Techniquement, il s'agit même de standards, et non plus de règles de droit (et c'est dans ce sens qu'on parle, ici surtout, de *minimum standards*). Dans d'autres cas, on l'a vu aussi, seules sont unifiées les règles concernant les relations juridiques internationales, les règles internes applicables dans les pays signataires demeurant inchangées. Personne ne songe cependant à refuser le titre d'unification à des conventions de ces différentes catégories. On doit donc en conclure que l'unification n'aboutit pas — ou n'aboutit

plus — nécessairement à une identité totale des règles de droit entre les pays ou les systèmes prétendument unifiés.

On peut aller plus loin en considérant désormais que l'unification est concevable en dehors du domaine strict des règles de droit. Du reste, comme l'a justement observé M. Tunc, une convention qui unifie internationalement des règles de droit, comme la convention sur la vente mobilière de 1964, doit être très développée et minutieuse ; car, si elle se limitait à poser quelques principes, il en pourrait résulter beaucoup d'incertitude. Dans l'ordre interne, en effet, les principes généraux peuvent suffire, car ils se réfèrent à un corps de droit dans lequel ils s'intègrent naturellement. Dans l'ordre international — et dans ce qu'on pourrait appeler l'ordre externe unificateur — les textes de la convention ne valent que par eux-mêmes et sans référence possible à un *Corpus juris* préexistant déterminé. Au contraire, en matière de standards, on peut se contenter de dispositions — ou de directives — générales ; et on l'a remarqué tout spécialement dans la matière des droits de l'homme, qui est le domaine d'élection des principes généraux — ou des déclarations — par opposition au domaine des règles d'application positive stricte.

Il est donc possible d'envisager une unification qui se réaliserait, non plus au niveau des règles précises, techniques et limitées, mais au niveau des principes ou des standards généraux de comportement. Tel est le cas d'ailleurs, dans le domaine déjà cité des relations commerciales internationales, en dehors des conventions proprement dites, par la pratique des contrats types et par l'apparition d'une *lex mercatoria* moderne qui constitue, comme on l'a constaté, un aspect important du mouvement général d'unification. D'éminents comparatistes, on le sait, ont très bien montré qu'il y avait alors uniformisation plutôt qu'unification ; l'unification étant par nature œuvre législative et cette uniformisation dérivant des efforts concertés, et du reste souvent d'une haute technicité, des praticiens et de l'action corporative.

Cette évolution comporte, du point de vue comparatif, des conséquences importantes, mais qu'il nous suffit désormais d'énoncer brièvement :

- l'unification des règles cesse d'être l'objet principal du droit comparé et le souci majeur du comparatiste ;
- harmonisation, coordination, voire uniformisation sont possi-

bles entre systèmes et entre des matières où l'unification des règles serait difficilement réalisable ;

- on va donc de l'unification ancienne à l'harmonisation nouvelle : une fois de plus, la démarche scientifique consiste à dépasser la règle pour atteindre le système ; et une fois de plus aussi, elle consiste à prendre le système comme un tout, dans ses méthodes et dans son esprit.

C'est assez dire que l'évolution est riche de perspectives sur le plan de la coordination. L'unification ainsi envisagée n'est plus formelle mais substantielle ; et, loin de s'opposer au rapprochement, elle lui donne au contraire sa dimension véritable et toute sa signification, dans le monde contrasté d'aujourd'hui.

## VII

### LES MÉTHODES CONCRÈTES DE LA RECHERCHE COMPARATIVE

Il est temps d'en revenir à l'examen des méthodes proprement dites selon lesquelles s'effectue la recherche juridique comparative. De ce point de vue, trois observations préliminaires s'imposent, qui dérivent largement d'ailleurs des considérations que nous avons fait valoir dans les exposés qui précèdent.

Tout d'abord, l'objet de notre examen actuel porte sur les procédés par lesquels s'effectue concrètement une recherche comparative déterminée. Il s'agit par conséquent, pourrait-on dire, du droit comparé en action par rapport à la théorie du droit comparé. C'est assez dire que le présent chapitre ne se confond pas avec le Chapitre II qui traitait, d'une façon générale, des problèmes méthodologiques : il avait trait avant tout à la logique et à l'épistémologie du droit comparé en tant que discipline juridique. Nous allons nous employer maintenant à examiner les procédés techniques employés par le comparatiste dans une recherche portant sur un sujet précis de droit positif.

En second lieu, et comme corollaire de cette première remarque, il ne s'agit pas davantage de chercher à dégager la méthode unique qui s'imposerait dans toute recherche comparative. Comme en ce qui concerne la nature et la fonction du droit comparé, objet de notre Chapitre II, il existe une littérature considérable sur la méthode comparative envisagée, soit dans toutes les sciences, humaines et sociales en particulier, soit encore dans la science juridique. On se trouve donc en présence de théories et de controverses nombreuses sur la définition ou les caractères de cette

méthode unique. Nous les laisserons de côté car elles n'ont, à notre sens, qu'un intérêt purement spéculatif. Elles se placent le plus souvent dans l'abstrait, parfois même sans aucune illustration pratique, et renseignent mal sur l'utilisation concrète qui peut être faite de la méthode proposée. Or, cette utilisation varie suivant la personne du comparatiste et l'objet propre de sa recherche. Il faut parler non pas, comme on le fait trop souvent, de *la* méthode, mais *des méthodes* du droit comparé ou de la recherche comparative.

Enfin — troisième observation et second corollaire — il ne faut pas oublier que la méthode comparative est appelée à jouer largement dans les sciences sociales le rôle de l'expérimentation dans les sciences de la nature. Gabriel Tarde, dès le Congrès de 1900, faisait valoir que « la comparaison des législations comme celles des langues, des religions, des gouvernements, des régimes économiques, des arts, des mœurs, au point de vue de leur formation et de leurs transformations, est la matière première du sociologue. La sociologie est, pourrait-on dire, la science des comparaisons comparées ». La méthode comparative ainsi comprise, remarquons-le bien, rejoint et complète la méthode historique. Dans un domaine voisin, et à propos de la littérature comparée, Van Thieghem avait pu dire que la comparaison s'accomplit normalement « dans un cadre binaire ». C'est cette étude bipartite qui permet de passer de la simple description d'un objet extérieur à l'analyse scientifique. La méthode historique examine les faits verticalement, tandis que la méthode comparative les examine horizontalement. Mais les deux méthodes sont largement complémentaires, et M. Matteucci, au cours du Colloque déjà cité sur l'unification du droit de Barcelone en 1956, insistait justement sur la nécessité, après une étude, législation par législation, de confronter les solutions en recherchant les causes qui les déterminent.

Il résulte de là, puisqu'un choix s'impose entre tant de problèmes divers, qu'il convient à notre sens d'examiner ici successivement : d'abord l'étude verticale, logiquement la première, qui est dans sa substance une étude de *droit étranger* et qui nous oblige à nous prononcer sur les rapports du droit étranger et du droit comparé ; en second lieu, la recherche comparative ou plus exactement peut-être le processus de comparaison des droits, comme nous l'avons vu pour l'unification, a également ses préalables : il faut alors les déterminer. Enfin, nous avons souligné déjà

qu'il n'existe pas une méthode juridique, une méthode comparative unique, mais des méthodes différentes ; et il convient à la fois de les distinguer et de se prononcer sur l'utilisation qui peut être faite de chacune d'elles.

## *1. Droit comparé et droit étranger*

La distinction du droit comparé et du droit étranger était classique dès avant 1900 ; mais elle n'est pas toujours très claire et elle est moins encore respectée. On va voir, du reste, qu'elle est assez difficile à maintenir dans toutes sa rigueur.

Dans son principe, la distinction, sinon l'opposition, de l'étude du droit étranger et de l'étude juridique comparative s'impose. Comme l'a souligné Sauser-Hall, le droit comparé va au delà de l'étude et de la description des lois étrangères. La vulgarisation du droit étranger est utile, mais « il ne faut pas confondre juxtaposition et comparaison », pas plus, observe le grand comparatiste suisse, que la connaissance de plusieurs langues ne constitue la linguistique comparée. A peu près à la même époque, von Liszt, dans sa Préface au grand recueil consacré au droit criminel des pays européens, opposait déjà les études de droit comparé visant la connaissance d'une ou de plusieurs législations pénales et le droit comparé ou « législation pénale comparée », qui devait chercher à en opérer la synthèse afin de dégager les points communs existant entre les différentes législations étudiées.

Ce point de vue parfaitement logique en soi est, il faut le reconnaître, aujourd'hui quelque peu dépassé. On observe, en effet, que le juriste formé dans un pays et qui aborde l'examen d'un droit étranger, à plus forte raison du reste s'il s'agit d'un système différent du sien, ne peut le faire, quoiqu'on prétende, comme un juriste élevé et formé dans ce droit ou dans ce système. Son attitude, conditionnée par sa formation même, est donc au départ implicitement et nécessairement comparative.

De plus, ainsi que nous l'avons vu déjà, une étude sérieuse de droit étranger, objective et aussi complète que possible, est indispensable avant toute comparaison proprement dite. Il y a là, certes, une vérité d'évidence, mais qui a parfois été perdue de vue ; et nous ne devons pas oublier les erreurs ou les approximations hâtives qui ont été faites dans des études qui se voulaient comparées, c'est-à-dire horizontales, sans étude verticale préalable

et suffisante. Nous avons pu apercevoir déjà d'ailleurs combien cette étude préliminaire du système, au delà de la matière, même, limitée, que l'on entend soumettre à la comparaison, s'impose spécialement dans le cas de préparation d'un accord international, au cours d'un arbitrage privé international ou plus encore, bien entendu, en cas de tentative d'unification.

Ces considérations ont conduit à deux affirmations courantes, la première consistant à dire que le droit comparé est « dans la dépendance des études de droit étranger », la seconde proclamant que le droit étranger est la « matière première » du droit comparé. Nul en effet n'est comparatiste sans avoir pratiqué d'abord le droit étranger, comme nul n'est chef d'orchestre sans être ou avoir été d'abord instrumentiste.

On peut aller plus loin d'ailleurs, et nous rappellerons ici ce que certains, comme Sauser-Hall, ont dit du droit comparé interne nécessaire dans le processus d'unification nationale. Cette nécessité de la méthode comparative vaut toujours, notamment pour les pays fédéraux à législations internes multiples, ou les pays de droit non encore unifié. Elle vaut également, et de manière plus complexe, dans les Etats où, comme dans les pays de l'Est, coexistent ou ont coexisté pendant un certain temps deux régimes de droit, le Code ou le droit antérieur à l'instauration de la démocratie populaire et le droit nouveau né de la révolution communiste. La comparaison joue alors dans l'ordre interne à la manière, pourrait-on dire, dont joue en droit international privé l'exception d'ordre public. Le droit ancien s'applique dans la mesure où il ne heurte pas les principes fondamentaux du droit nouveau. C'est ainsi qu'en Pologne, le Code pénal de 1932 ayant été laissé en vigueur après la guerre, la Cour de cassation de Varsovie a écarté l'application des textes relatifs aux mesures de sûreté fondées sur l'état dangereux du délinquant en les déclarant contraires aux principes fondamentaux du système nouveau de droit pénal socialiste. Cette comparaison interne n'est d'ailleurs pas seulement utile pour le juriste du pays considéré. Elle permet au comparatiste de l'extérieur de mieux préciser le contour exact du régime ou du système nouveau qui, par exemple, dans ces mêmes pays socialistes, tolère ou même développe l'adoption, mais rejette la mesure de sûreté. Situation pleine d'intérêt sur laquelle nous ne pouvons pas insister davantage, mais que l'on retrouverait également dans certains pays nouveaux d'Afrique et d'Asie.

Enfin, même en dehors d'une dualité de régime intérieur possible, la simple compréhension, non d'une règle de droit étranger, mais du système envisagé *in globo* suppose elle-même une recherche inductive qui est très proche de la comparaison. Même entre droits très voisins, l'étude d'une législation étrangère ne peut exclure cette comparaison. On pourrait citer comme exemple la position particulière du droit civil belge fondé, comme le droit civil français, sur le Code Napoléon de 1804 et qui a donné une interprétation de l'article 1384 alinéa premier tout à fait différente de celle qui a prévalu en France : on sait que la jurisprudence française a tiré de cette disposition une présomption de responsabilité pesant sur le gardien de la chose qui a causé un accident.

Ainsi, dans la mesure où l'étude juridique ne se borne plus à la connaissance et à la juxtaposition des règles de droit, mais s'efforce à l'appréhension globale du système, l'opposition entre droit comparé et droit étranger s'atténue nécessairement. Mais n'est-ce pas là déjà, en réalité, un des préalables de la recherche comparative ? Il faut maintenant nous y attacher plus spécialement.

## 2. Les préalables de la recherche comparative

Ceux-là mêmes, et peut-être ceux-là surtout, qui refusent au droit comparé la qualité ou la qualification de science autonome, ceux qui par conséquent voudraient voir la méthode comparative employée dans toutes les branches du droit, insistent sur les conditions préalables nécessaires de cette utilisation. Aucun juriste ne peut s'aventurer sans préparation dans la recherche comparative, ni même dans l'examen d'un droit étranger. Il existe ici à la fois des précautions à prendre et des problèmes préliminaires à résoudre.

- a) Tout d'abord des *précautions* : il en est de si évidentes qu'on s'excuse presque de les rappeler. Il est clair que pour aborder le droit d'un pays étranger, il est préférable d'en connaître la langue. Mais la langue juridique n'est pas la langue littéraire et, dans le système de common law, en particulier, subsiste un jargon légal anglo-normand qui n'a rien à voir avec la langue de Shakespeare, ni même avec celle de Dickens. Il en est d'autant plus ainsi pour le système anglais que beaucoup de termes sont pratiquement intraduisibles parce qu'il n'existe aucun

équivalent institutionnel dans l'arsenal juridique continental. Il faut au surplus se défier des traductions hâtives et de ce qu'on a appelé les « faux amis ». Il ne faut pas traduire « common law » par « droit commun » et l'*Equity* anglaise n'est pas l'équité continentale, pas plus que la *preventive detention*, qui constituait un internement de sûreté, n'était notre « détention préventive ». On a signalé le cas d'un traducteur de bonne volonté, marin d'origine du reste, qui, voulant donner aux îles Seychelles une édition anglaise du Code Napoléon, avait traduit, dans l'article 1386, qui traite la responsabilité encourue pour la ruine d'un bâtiment, le mot bâtiment par *warship*...

D'une façon moins terre à terre, il est d'autres facilités contre lesquelles le comparatiste doit également se prémunir. C'est ainsi qu'il ne doit pas se contenter passivement et rapidement d'un texte de loi étrangère qui donne apparemment l'indication voulue, mais qui n'est ni vérifié ni confronté avec son contexte. Il convient, en outre, d'éviter de considérer trop vite que les mêmes problèmes, se posant dans les mêmes conditions, conduisent toujours aux mêmes solutions. On doit se défier ici des généralisations superficielles, et même d'une sorte de bonne volonté réciproque qui, dans certaines réunions internationales, conduit à accepter trop vite de prétendues orientations communes faisant en réalité abstraction des aspects nationaux concrets des questions étudiées. La similitude des problèmes ne doit pas faire perdre de vue que les modes d'approche, les méthodes de documentation et la recherche des solutions positives peuvent être largement différents. Or, ce sont ces modalités comme ces méthodes qui donnent aux solutions positives leur signification véritable — ce qu'on pourrait appeler leur exacte coloration.

Un comparatiste averti comme M. René David a exposé à ce propos les conditions dans lesquelles il faudrait, à son avis, aborder le droit étranger. Il souhaiterait, tout d'abord, qu'on le fit dans les conditions mêmes où l'abordent les juristes du pays envisagé, notamment quant à la détermination des sources ; et c'est ainsi que, s'agissant une fois encore du droit anglais, la solution doit être recherchée plus dans les décisions des tribunaux que dans le texte de la loi écrite.

Il faudrait, en second lieu, apprendre d'abord à connaître la structure du droit étranger étudié : ses divisions, ses modes d'administration, son système de références. Ni dans le système

de common law, ni dans le système socialiste n'existent la division romaniste continentale du droit privé et du droit public, tout au moins avec le sens que la tradition romaniste donne à cette division, ni non plus, au sens continental du terme, le principe de la séparation des pouvoirs.

Enfin, il convient de ne pas perdre de vue le fonctionnement effectif du système. Le milieu social doit être pris en considération et, par exemple pour les pays de l'Est, ce que les Soviétiques appellent la vie en commun socialiste. L'influence de la religion est primordiale pour les pays de l'Islam, et les traditions anciennes, y compris les traditions familiales, se substituent souvent, au Japon, aux exigences formelles de la loi écrite. Il convient également de bien apercevoir et de délimiter ce qu'on pourrait appeler l'idéologie juridique du système, avec à l'Occident les principes de la libre entreprise, de la propriété et de la responsabilité, avec, dans les pays de l'Est, les exigences de la planification et les modes particuliers de gestion qu'elle entraîne.

Il est très exact que ces précautions sont nécessaires. Mais elles tiennent toutes en réalité à ce que le vrai comparatiste doit aborder le droit étranger avec un œil neuf, une grande curiosité d'esprit et la volonté de sortir de son particularisme. Il faut, en étudiant le droit étranger, éviter de croire trop vite le problème résolu et, plus encore, se garder de ramener les institutions étrangères au cadre et au moule habituel de son propre droit national. Il faut également que le comparatiste ne s'enferme pas dans la systématisation de son propre droit et renonce à la croire nécessaire et indiscutable. Il en est ainsi même des classifications les plus élémentaires ; et c'est ainsi qu'il est souvent difficile de faire comprendre à un juriste français que la division tripartite des infractions en crimes, délits et contraventions n'existe, par exemple, ni en Angleterre ni même en Italie.

- b) A côté de ces précautions premières, qui sont les préalables évidents de la recherche comparative, il convient, si l'on veut conduire avec succès cette recherche, de poser et de résoudre quelques *questions préliminaires*. Elles ont trait avant tout à la détermination du champ de l'étude comparative et au choix des sources d'information.

La détermination du champ de l'étude est ici plus importante qu'en toute autre matière, car il est trop facile de s'égarer. L'étude comparative peut porter sur une règle précise ou sur une question résolue en principe par des règles limitées : une étude comparative intéressante a ainsi été menée, dans le cadre des réunions des organismes français de droit comparé, sur le point de savoir si le refus de vendre pouvait constituer ou non un délit dans les pays du Marché Commun. L'étude peut également avoir pour objet de dégager une institution commune, et c'est dans cette vue que ceux qu'intéresse le droit des Communautés européennes se sont demandé s'il était possible de constituer une « société de type européen » reconnue par tous les pays du Marché Commun, sans être soumise comme telle à la législation particulière d'un de ces pays.

Il se pose donc, en ce qui concerne la détermination du champ de l'étude comparative, une véritable question préalable de *qualification*, comme en droit international privé. L'institution peut en effet figurer sous des rubriques différentes dans les divers droits envisagés, et c'est ce que nous avons vu déjà par exemple à propos de la détermination des droits successoraux du conjoint survivant. La qualification doit donc être assez précise et assez large à la fois pour faire apparaître et englober tout ce qui concerne le sujet traité : en l'espèce, le droit de recevoir les biens du prédécédé, qu'il s'agisse de la matière des successions ou de celle du droit matrimonial.

Il faut enfin déterminer la portée horizontale de l'étude. Il peut s'agir de la prise en considération d'un seul droit, comme nous venons de le voir à propos de l'interprétation de l'article 1384 du Code Napoléon en droit belge et en droit français. On peut, au contraire, vouloir comparer plusieurs droits voisins, comme on le fait souvent pour les pays du Marché Commun, ou aborder au contraire des systèmes résolument étrangers. La différence des systèmes pourra être de technique, comme lorsqu'il s'agit de la pénétration du trust dans les législations ibéro-américaines, ou de structure si l'on entreprend, par exemple, l'étude du contrat dirigé ou du contrat imposé à la fois en Allemagne ou en France, d'une part, et dans les pays socialistes de l'autre.

On pourrait être tenté de dire que ces problèmes se posent d'eux-mêmes. L'expérience enseigne cependant que cer-

tains comparatistes un peu pressés ne s'en sont pas toujours rendu compte. La difficulté principale est en effet ici de formuler nettement les questions préalables avec toute la netteté désirable, et dans leur succession logique. C'est en effet en les posant ainsi qu'on peut déterminer la méthode à employer dans une recherche donnée, parmi toutes les méthodes possibles. C'est le dernier point qui nous reste maintenant à examiner.

### 3. *L'utilisation des méthodes en présence*

Un éminent comparatiste, M. Gorla, a remarqué justement que chaque catégorie de problèmes comparatifs réclame une méthode appropriée et que l'utilisation de cette méthode dépend en même temps des sources d'information disponibles. Du reste, sur le plan méthodologique, les différentes méthodes en présence en sont encore largement au stade de l'expérimentation. Il paraît donc nécessaire de rechercher d'abord comment il convient de concevoir la méthode à employer en fonction de son objet propre avant de la définir et de distinguer les différentes méthodes elles-mêmes.

A) Examinons tout d'abord ce qu'on pourrait appeler la *méthode en action*. Rappelons-nous à ce sujet les exemples que nous avons déjà pris concernant soit la présomption de paternité légitime, soit les droits successoraux du conjoint survivant. Pour mieux préciser encore les idées sur ce point important, prenons un nouvel exemple, à la fois voisin et différent : celui d'une enquête poursuivie sur le régime matrimonial de droit commun. Notons qu'elle peut servir soit à la recherche pure, soit à l'enseignement, soit aux travaux préparatoires d'une réforme législative, soit encore à la préparation d'une unification, régionale ou autre. *A priori*, le régime de droit commun paraît facilement discernable et, avec une qualification bien établie, on distinguera rapidement les régimes de caractère « communautaire » des régimes « séparatistes ». Mais des sous-distinctions et des difficultés apparaissent bientôt.

Historiquement, tout d'abord, nous constaterons qu'il peut y avoir parfois une véritable absence de régime. Il en sera ainsi lorsque la personnalité de la femme s'absorbe juridiquement dans

celle du mari, le patrimoine de celle-ci, s'absorbant de même dans le patrimoine de celui-ci, ce qui a été le cas à Rome du mariage *cum manu*. Il en allait de même, par une démarche d'ailleurs toute différente, dans le système ancien de common law partant du principe biblique de l'unité indissoluble des époux ; et Blackstone pouvait dire (I, 441) que pendant le mariage « l'existence légale » de la femme était suspendue. Le droit musulman, de son côté, aboutit à une situation inverse, par une démarche cependant assez analogue : le mariage, régi par la loi religieuse, échappe au domaine contractuel ; il ne comporte donc pas de régime matrimonial proprement dit, et la femme conserve sur son patrimoine tous les droits qu'elle possédait avant son union. Le résultat est donc, ici, une séparation des biens sans régime de séparation.

A l'heure actuelle, dans le système anglo-américain, le patrimoine des époux demeure séparé, moins sans doute, ici encore, en vertu d'une « séparation de biens » au sens continental du terme que par suite d'une sorte d'absence de régime, commandée cette fois par l'indépendance respective des époux (*Le Married Women Act* anglais de 1935 décide que tous ses biens appartiennent à la femme comme si elle était *feme sole*). On dira alors, pour simplifier, que nous nous trouvons en présence d'une séparation de biens. Cependant, dans beaucoup d'Etats des Etats-Unis, chacun des époux reçoit, comme tel, une part de la succession du conjoint prédécédé. En cas de divorce, certains Etats accordent même à la femme un droit sur les biens de son mari, et tout se passe alors en fait comme s'il existait une certaine sorte de communauté. De plus, il existe de nombreuses pratiques entre époux qui renforcent leurs liens patrimoniaux mutuels : l'un peut confier à l'autre l'administration de ses biens ; les époux peuvent acheter en commun un bien particulier, spécialement un fonds de commerce, qui souvent en fait constitue leur seule fortune et sera partagé par moitié à la dissolution du mariage ; à quoi, du point de vue bancaire, on peut ajouter la pratique du compte joint et, s'agissant du système anglo-américain, l'utilisation possible du trust. On voit même beaucoup de pays établir, malgré un régime strict de séparation, une présomption réputant les biens indivis à défaut de preuve contraire de leur origine ; on est alors tout près, en fait, d'un régime de communauté. De même ou, si l'on préfère, à l'inverse, un régime qualifié juridiquement de régime dotal sera néanmoins en fait un régime de séparation de biens, s'il

n'existe, ce qui n'est pas exceptionnel, aucune constitution de dot, tous les biens de la femme se trouvant être alors des parapher-  
naux. Ajoutons que, ici encore, il faudra tenir compte du jeu  
des conventions matrimoniales, d'où la nécessité de les étudier  
en dehors même du régime légal. On devra dès lors se demander  
quand et jusqu'où ces conventions sont possibles, si elles sont  
favorisées par la loi, si elles sont frappées d'immutabilité. Enfin,  
quels que soient le pays et le régime, il faudra déterminer  
l'influence que peut avoir sur le statut patrimonial des biens  
l'exercice par la femme d'une profession et surtout d'un commerce  
séparé. On ne peut pas davantage faire abstraction, en étudiant  
le régime des biens, des relations personnelles des époux et  
s'abstenir de rechercher notamment s'il y a égalité ou prédomi-  
nance — et, alors, laquelle? — du mari, ni sans dépister les  
séquelles que peut avoir laissé, dans le droit moderne étudié,  
la vieille puissance maritale, même théoriquement abolie.

Ces explications, sans doute trop schématiques, mettent en  
évidence une règle ou une directive essentielle de la méthode  
comparative : *l'équivalence des institutions* et ce que nous avons  
déjà appelé le « jeu combiné d'institutions parallèles » permettant  
d'aboutir, selon une heureuse formule de M. Zweigert, à des résul-  
tats identiques par des voies différentes. Rappelons-nous, au sur-  
plus, ce que nous avons dit déjà de l'utilisation du trust dans  
le système anglo-américain, où nous voyons cette institution jouer  
le rôle que remplissent des institutions toutes différentes dans  
le système romaniste du point de vue de la représentation, du  
régime des incapables, du droit successoral ou du droit matri-  
monial. Ainsi l'absence, au moins apparente, d'une institution  
directement correspondante, surtout de système à système, ne  
signifie pas nécessairement une lacune de telle législation envisa-  
gée et elle n'aboutit pas forcément à une divergence foncière des  
solutions positives dans la pratique.

Cette règle de l'équivalence des institutions est de première  
importance ; mais il ne faut pas oublier néanmoins que la conver-  
gence de fait des solutions positives ne doit pas seulement être  
constatée. Cette seule constatation ne pourrait satisfaire ni le  
théoricien ni même le praticien, lequel risque au surplus de se  
perdre dans le dédale des institutions parallèles étrangères. Le  
comparatiste est précisément là pour expliquer en quoi consiste  
exactement cette convergence des solutions et quelles en sont les  
limites du point de vue de la technique juridique. La raison d'être

de ces équivalences se trouve du reste, non dans les règles ou même les institutions, mais dans l'économie générale du système. La méthode en action doit donc, il faut toujours y revenir, s'efforcer de saisir le système dans sa réalité fonctionnelle et opérationnelle. De là la nécessité d'être informé de cette nécessité qui risque toujours d'échapper à un étranger abordant une législation particulière.

Pour résoudre ces difficultés, les comparatistes emploient souvent le procédé du questionnaire adressé par le chercheur d'un pays à un juriste, ou mieux peut-être à un organisme qualifié du pays dont il désire connaître le droit positif dans son fonctionnement réel. Ce procédé très employé, et auquel spécialement les Nations Unies ou le Conseil de l'Europe ont fréquemment recours, est une source précieuse et apparemment sûre d'information, puisque les réponses émanent d'un juriste ou d'un organisme local exactement informé de la réalité de son propre système.

Cependant, certains comparatistes ne manquent pas de soulever quelques objections à la pratique internationale du questionnaire. Il est clair, tout d'abord, que ce questionnaire est trop souvent rédigé en fonction du système propre du rédacteur, de telle sorte qu'il risque de n'être pas exactement compris par le destinataire. Dans les cas extrêmes, on pourra presque dire que l'on en arrive parfois à un véritable dialogue de sourds. Dans les autres cas, on risque encore et malgré tout d'aboutir aux fausses interprétations ou aux fausses indications que l'on voulait précisément éviter.

Au questionnaire précis cherchant à obtenir des renseignements sur des règles de droit, on peut préférer la demande d'information sur un point donné et, si possible, sur un cas particulier ou sur une situation concrète. Cependant, pour être réellement utile et efficace, une telle demande d'information suppose une longue correspondance, avec des précisions successives et des demandes réciproques d'éclaircissement qui rendent la recherche à la fois longue et difficile. Rien assurément ne vaut le contact direct du chercheur avec le droit étranger, si possible avec le concours d'un guide ou d'un informateur qualifié. De ce point de vue, les « rencontres bilatérales », que nous avons déjà signalées et que nous retrouverons, se révèlent particulièrement utiles.

Les difficultés auxquelles nous venons de faire allusion ne sont en définitive qu'un aspect particulier du problème plus général de la *comparabilité*. Celle-ci, nous l'avons vu, ne pose pas de

problèmes trop graves à l'intérieur d'un même groupe homogène, et c'est en ce sens que se développent beaucoup de recherches comparatives dans le cadre limité du Marché Commun. Aussi voit-on certains comparatistes persister dans la tendance qui consiste à limiter la comparaison aux seules législations appartenant à un même groupe. Sur le plan de la méthode envisagée quant à son utilisation concrète, cette question nous paraît devoir se résoudre par une distinction essentielle, quelquefois mal dégagée, relative au niveau de la comparaison. Pour le faire nettement apparaître, il n'est que de reprendre ici quelques idées déjà énoncées.

La comparaison, en effet, peut se situer d'abord au niveau de la règle de droit, et nous avons pris ainsi comme premier exemple celui de la présomption de paternité légitime. Il y a alors moins comparaison proprement dite que juxtaposition des règles légales des différentes législations considérées. Nous sommes ici au stade informatif, toujours possible et relativement facile. Les difficultés n'apparaissent en réalité que si l'on recherche le pourquoi de cette réglementation légale et si on entend la saisir dans son évolution.

On peut se situer à un autre niveau, qui est celui de l'institution ; et l'on cherchera, par exemple, ce qu'il en est du divorce ou de l'adoption dans telle ou telle législation donnée. Ici encore, on accède assez facilement à la réglementation, c'est-à-dire au cadre légal ou à la figure juridique de l'institution envisagée, suivant le dyptique traditionnel, tour à tour dans ses conditions et dans ses effets. Il est clair cependant que ce seul statut légal renseigne mal sur la réalité du phénomène juridique dans sa portée sociale. Certains pays, et notamment les pays de l'Est, ont été tantôt favorables et tantôt restrictifs en matière de divorce. La réglementation légale du divorce n'est pas très sensiblement différente aujourd'hui en Roumanie par exemple et en France. Mais en France le divorce est de pratique courante, au delà des termes mêmes de la loi, tandis qu'il est beaucoup plus difficile en fait à obtenir actuellement en Roumanie.

On peut se placer enfin au niveau du système. La comparaison est alors plus complexe, mais finalement moins dangereuse ou moins sujette à erreur et, quelles que soient les différences entre les systèmes, elle apparaît comme pouvant toujours se justifier. Le système, en effet, existe en tant que donnée socio-juridique dont l'approche, la description, le mesurage, si l'on peut dire, est toujours licite. Nous dirons même que l'appréhension globale du

système, dont nous avons plusieurs fois parlé, est d'autant plus naturelle et nécessaire que le système est plus éloigné. Il en sera ainsi de la common law pour le romaniste, du système socialiste pour le juriste occidental, et des systèmes du Tiers Monde à la fois pour les Occidentaux et pour les juristes socialistes. Nous sommes ainsi logiquement conduits à envisager maintenant l'utilisation des différentes méthodes en présence.

B) — En ce qui concerne *l'utilisation des différentes méthodes en présence*, nous pouvons observer tout de suite qu'à chacun des niveaux que nous venons d'envisager convient en réalité une méthode différente. Il faudrait cependant se demander également si, en dehors de ces niveaux déterminés, il n'existe pas, pour certaines variétés d'enquêtes comparatives, des méthodes également particulières.

Reprenons tout d'abord notre gradation liminaire fondée sur le niveau de la comparaison. Au niveau de la règle de droit, la méthode, nous venons en somme de le constater, est avant tout *informative ou descriptive*. On est ici essentiellement, ne l'oublions pas, dans le domaine du droit étranger. Il s'agit d'en faire l'inventaire ou d'en dresser le catalogue. On constatera, par exemple, que le système de droit étudié permet ou ne permet pas la recherche de la paternité naturelle et si, la permettant, il l'enferme ou non dans certaines conditions légales strictes.

Tout à fait à l'inverse, et cette fois au niveau du système, l'information, qui était d'abord nécessaire, ne suffit plus. Elle doit être complétée par une recherche de structure, car ce qui importe c'est, nous l'avons vu, de comprendre le système tout entier dans son origine, son évolution, ses principes fondamentaux, ses sources, ses procédés d'application, son esprit et son système général de valeurs. Nous dirons qu'à ce niveau la méthode ou l'approche est alors essentiellement *structurale*.

S'il s'agit enfin de l'institution, qui constitue en quelque sorte le niveau intermédiaire, l'approche ou la méthode sera principalement *technique*, sinon même en quelque sorte techniciste. Étudier le trust anglo-américain n'est pas le décire du point de vue des règles de droit, mais en démontrer le mécanisme pour en faire comprendre les utilisations possibles. Il en serait de même du contrat ou de la représentation, ces entités juridiques fondamentales du système romaniste.

On distinguera donc la méthode employée et les possibilités d'emploi de chaque méthode selon les niveaux de la comparaison elle-même. Mais ne faut-il pas cependant aller encore plus loin ? Les distinctions que nous venons de faire restent largement théoriques et presque scholastiques. Qu'est-ce en effet qu'un problème de droit ? C'est un problème humain et social qui naît d'une situation conflictuelle, laquelle doit être résolue pour que soit assurée la cohésion sociale et, si possible, la bonne entente et le bien-être des citoyens. Le droit n'est pas alors autre chose que le moyen par lequel se règlent pacifiquement, et légalement, de tels conflits. De là résulte, nous semble-t-il, une vue nouvelle, ou tout au moins particulière, de l'approche comparative.

Au lieu de partir abstraitement de la règle, de l'institution ou même du système, on peut partir, de manière plus concrète, d'une situation de fait déterminée. On fixera alors de manière précise le cas humain ou social qui se pose et on recherchera la solution dans un certain nombre de pays spécialement choisis, en étant attentif surtout aux procédés par lesquels chacun de ces pays arrive à cette solution. On ne se préoccupe donc pas au départ du système ni même des institutions ou des règles. Les unes et les autres apparaîtront en cours d'étude et, les solutions étant recueillies, on en recherchera le pourquoi, ce qui, avec l'enquête socio-juridique, constituera la recherche comparative proprement dite. Il s'agit bien bien ici de la *law in action* et non de la *law in the books*. Aussi cette méthode est-elle souvent dite *fonctionnelle*.

Faute de pouvoir y insister comme nous le souhaiterions, contentons-nous d'indiquer que cette approche fonctionnelle a été mise en œuvre, notamment, par l'Association internationale des Sciences juridiques, au cours d'une enquête dirigée par le regretté St. Rozmaryn sur trois cas concrets : un accident du travail, le problème soulevé par des maladies atteignant le bétail et la pollution des eaux par certaines entreprises industrielles. L'enquête ainsi menée, avec pour point de départ une situation concrète, a fait apparaître la possibilité d'étudier le même sujet dans des systèmes socio-politiques totalement différents. Elle a fait apparaître également l'interdépendance des sciences humaines, en permettant une approche ou une étude que l'on pourrait dire, en quelque sorte, ultra-juridique. Enfin la recherche, pour aboutir efficacement, a paru réclamer la double collaboration de l'opinion

publique et des juristes, d'une part, et d'autre part celle de spécialistes qui peuvent venir de tous les pays et de tous les systèmes.

On comprend dès lors que cette méthode fonctionnelle soit aujourd'hui largement préconisée. Elle conduit, plus ou moins directement, à d'autres procédés de comparaison que nous ne pouvons songer à étudier tous en détail. Nous nous bornerons à en signaler en passant quelques prolongements.

Le premier résultat de ce que l'on appelle parfois l'interprétation comparative. M. Zweigert, notamment, y voit une méthode plus vivante que la méthode exégétique, historique, sociale ou dogmatique. Pour tout point de droit, c'est-à-dire, nous venons de le voir, pour tout cas concret de difficulté juridique à résoudre, on aura recours aux données comparatives du même cas dans d'autres droits. Le juge saisi de cette difficulté particulière aura alors avantage à la résoudre en fonction de ces données comparatives. Sans doute le juge ne peut-il méconnaître ni la règle nationale formelle, ni les principes généraux et fondamentaux de son droit propre. Il est évident également que l'interprétation comparative ne donne que rarement une solution pratique immédiatement utilisable. Mais elle peut souvent indiquer une direction et concourir à faire découvrir la meilleure solution possible du cas concret envisagé, ce qui est précisément le point recherché.

Cette recherche de la solution la plus utile en pratique, en même temps que la plus juste en droit, donne à certains égards un caractère de clinique juridique au droit comparé. Tout au moins y verra-t-on un exemple de science appliquée : on rencontre bien ici une approche d'un cas individuel au moyen de principes et de méthodes préalablement définis par la science générale du droit comparé. D'un point de vue voisin, on a pu rapprocher la méthode fonctionnelle, dont nous venons de parler, de la notion de *topik*, telle que l'a développée par exemple Théodore Viehweg. Le « *topik* », en tant que technique de raisonnement appliqué à un problème concret, a, dit-on, l'avantage d'aider le juge, dans le silence de la loi, à découvrir une solution sans tomber dans l'arbitraire. Sans entrer dans le détail de cette théorie, on peut observer qu'elle constitue une approche à la fois juridique et sociologique des situations conflictuelles ; elle substitue à la considération des règles la prise en considération des problèmes. Or, seule la recherche comparative permet une confrontation véritable des solutions ; et seule aussi elle permet un choix raisonné entre les solutions dont elle a dressé le catalogue. Il faudra alors en appré-

cier l'efficacité probable, ou simplement possible, dans un autre pays ou un autre milieu. On se trouve en présence, par conséquent, de cette combinaison d'analyse, de pronostic et de traitement qui est caractéristique de l'examen clinique.

L'approche fonctionnelle peut néanmoins ne pas se limiter à cet aspect de clinique judiciaire. Elle se situe en effet à un niveau plus général lorsqu'on l'utilise dans les confrontations bilatérales que nous avons eu l'occasion de signaler en passant, et sur lesquelles il nous faut revenir rapidement. En effet, elles illustrent fort bien à notre avis les avantages de la méthode fonctionnelle. Devant la complexité croissante aussi bien des problèmes à résoudre que des législations qui tentent d'en proposer les solutions, l'idée est venue de centrer les comparaisons sur deux systèmes ou sur deux législations seulement. L'avantage est de dépasser l'exclusivisme particulariste sans tomber dans un universalisme illusoire. On maintient ainsi en présence, comme réalité donnée, le système national des participants de chaque comparaison, tout en décelant et en expliquant les ressemblances et les divergences. Ces comparaisons bilatérales ont été spécialement développées en France dans les études récentes de droit international privé comparé. Cette méthode est celle également que pratiquent aujourd'hui les Journées juridiques de la Société de Législation Comparée. Ces Journées bilatérales ont pour objet d'étudier trois sujets précis choisis dans des branches différentes de la science juridique (droit public, droit privé, droit pénal, par exemple) entre deux pays dont les représentants, en petit nombre, se rencontreront pour exposer mutuellement les solutions de leur droit propre sur chacun des problèmes envisagés et s'informer sur la position, à l'égard de chacun des sujets retenus, du système pris comme objet de comparaison. Cette confrontation bilatérale, qui s'est révélée spécialement instructive entre le droit français, pris comme type de droit occidental, et le droit des pays de l'Est, constitue elle aussi une comparaison fonctionnelle. Il s'agit toujours en effet de dégager les solutions données à un problème actuel spécialement délimité à cette fin. De ce point de vue encore, les méthodes du droit comparé moderne apparaissent ainsi comme les méthodes mêmes du droit vivant.

### VIII

## SIGNIFICATION ACTUELLE DU DROIT COMPARÉ

Arrivés au terme de nos explications, nous nous trouvons peut-être enfin en mesure de répondre à notre question liminaire, dont nous disions, dans notre premier exposé, que la réponse ne pourrait être donnée, en pleine connaissance de cause, qu'en conclusion de notre étude : quelle est la signification actuelle du droit comparé ? Nous disons bien : signification *actuelle*, c'est-à-dire dégagée des théories, des controverses et aussi des fluctuations du passé, même récent : signification pour les hommes d'aujourd'hui, pour les juristes, théoriciens ou praticiens qui exposent, appliquent ou cherchent à perfectionner le droit de leur temps et pour tous ceux qui, par vocation ou par nécessité, ont recours à la recherche juridique comparative. Nous voudrions en somme, après avoir passé en revue les divers aspects et les différents problèmes que présente ou que pose cette recherche comparative, nous demander clairement : où en sommes-nous ? Question générale qui se subdivise en trois questions particulières : pourquoi continuer à faire ou même pourquoi pratiquer plus que jamais le droit comparé ? Comment en comprendre actuellement l'étude et en quoi cette étude se trouve-t-elle aujourd'hui facilitée ? Vers quoi enfin tend et à quoi aboutit cette recherche, du point de vue des préoccupations et des nécessités de notre époque ? Essayons de reprendre rapidement chacun de ces trois points.

## *1. Nécessité actuelle de l'examen comparatif des droits*

Se demander pourquoi il convient de pratiquer, aujourd'hui spécialement, le droit comparé, c'est rechercher en quoi cet aspect de la science juridique est actuellement nécessaire. Il ne s'agit donc plus du développement habituel et courant sur l'intérêt et les avantages du droit comparé en général. Nous voudrions faire nettement apparaître que ce qui était considéré comme un complément utile du droit national, comme une curiosité ou une préoccupation compréhensible des réalités externes, voire à l'occasion comme un divertissement recherché de dilettante, est devenu pour le juriste d'aujourd'hui une nécessité inéluctable. De cet état de choses essayons de bien comprendre à la fois les causes et les conséquences.

Les causes, après ce qui a été dit déjà, sont faciles à discerner. Le monde actuel, qu'il vive dans l'affrontement ou dans la coexistence, est un monde où les hommes, les Etats, les civilisations ne peuvent ni se replier sur eux-mêmes, ni refuser les échanges ni, par conséquent, éviter ou négliger de se connaître. Les blocs politiques confrontent des familles de droit différentes, mais on voit aussi des blocs ou des groupements nouveaux — ceux d'Afrique et d'Asie, celui également des pays musulmans détachés, mais non point entièrement séparés, de l'Islamisme juridique ancien — dépasser et dans une certaine mesure mélanger les systèmes traditionnels. Ce brassage juridique international, avec les rapprochements qu'il impose, est à base de confrontation des droits. Le droit comparé — c'est-à-dire la comparaison des droits — devient ainsi une réalité vivante.

A cette situation de fait s'ajoutent de nouvelles situations de droit, marquées par un double effort concerté de coordination. Sur le plan international ou, si l'on préfère, universel, rappelons l'action de concertation des grands Organismes inter-étatiques. D'abord les Nations Unies, dont le Conseil économique et social suscite tant d'activités de coordination juridique et où la Commission des Droits de l'Homme, d'une part, la Section de Défense Sociale, de l'autre (avec ses Congrès quinquennaux sur la prévention du crime et le traitement des délinquants), fournissent des occasions nombreuses de recherches et de rencontres comparatives. Songeons aussi à l'apport de l'Organisation internationale du Travail, de l'Organisation mondiale de la Santé, de l'Unesco, sans

compter le travail comparatif et coordinateur de plusieurs grandes organisations non gouvernementales dotées du statut consultatif, notamment les grandes sociétés savantes spécialisées dans les problèmes de droit, de science sociale ou de criminologie. Sur le plan régional, on a vu que les réalisations n'étaient pas moins importantes, depuis l'Union nordique jusqu'à l'Amérique latine et des Pays de l'Est aux efforts concertés de l'Occident, avec l'avènement, puis le développement des Communautés européennes.

Les conséquences de ce double phénomène ne sont pas moins importantes. Sans tenter d'en dresser un inventaire complet, qui serait nécessairement très long, et pour ramasser, de manière synthétique, des éléments dont nous avons déjà présenté l'analyse, bornons-nous à trois observations soulignant l'influence de la recherche — et même de la préoccupation — comparative sur la science du droit d'aujourd'hui. Elles portent successivement sur la position respective des systèmes, sur l'étude scientifique de ces mêmes systèmes, et enfin sur l'internationalisation des concepts juridiques qui en résulte.

En ce qui regarde tout d'abord la position respective des systèmes, le droit comparé moderne nous paraît apporter un double correctif aux oppositions antérieures.

a) Jusqu'à la seconde guerre mondiale, il existait une sorte de primauté romaniste. Certes, le *Common Lawyer* était, de son côté, persuadé de la supériorité de son système ; mais ce système — de par l'attitude même des « common lawyers » — restait isolé, singulier et singularisé ; et, dans la communauté universelle des juristes, comme le démontraient les Conférences internationales, les méthodes, les procédés, la terminologie romanistes conservaient une priorité indiscutée. Avec le développement du droit américain et l'irruption, dans le champ juridique international, du système des Démocraties populaires, puis avec les recherches, les expériences — et les inquiétudes — législatives du Tiers Monde, on est arrivé à l'égalité scientifique des systèmes. Au déclin politique de l'Europe correspond un déclin de l'influence, ou en tout cas de la prééminence du droit romain.

b) Parallèlement, la division (voire la séparation ou l'opposition) des systèmes perd de sa rigidité et de ce qu'on pourrait appeler

son « imperméabilité ». Le classement, ici encore, s'était établi sur des critères largement romanistes et sur une conception civiliste du droit ; car ce sont surtout les privatistes qui l'avaient dégagée, en se référant tout naturellement à leurs conceptions traditionnelles. On s'aperçoit désormais que les oppositions relevées entre les systèmes — très fortes dans le domaine du droit privé, et même à beaucoup d'égards du droit pénal — valent beaucoup moins sur le plan du droit public, et vraiment très peu sur celui du droit social ou du droit du travail. Ainsi, du point de vue constitutionnel, l'Allemagne fédérale est plus proche des Etats-Unis que de la France et l'Angleterre plus proche de la France que des Etats-Unis.

En ce qui concerne, en second lieu, l'étude scientifique des systèmes, on a vu que la méthode comparative moderne la comprend comme une appréhension globale du droit étranger selon une approche fonctionnelle. De là cette conséquence que la primauté de la technique juridique, incontestée à la fin du XIX<sup>e</sup> siècle et au début du XX<sup>e</sup> siècle, est aujourd'hui remise en cause. Elle aussi dérivait largement de la tradition romaniste et d'une conception civiliste de la science du droit. La dogmatique allemande avait des liens étroits avec l'Ecole des Pandectistes ; et, en France, des controverses comme celles qui avaient trait à la nature du droit réel (ne s'agissait-il pas, selon Planiol, d'une « obligation passivement universelle » ?), sur la notion de cause dans les obligations civiles (Henri Capitant), sur la justification théorique de l'inopposabilité des exceptions en matière d'effets de commerce (Thaler) n'étaient au fond que des spéculations de purs théoriciens du droit. En étudiant comment ces problèmes sont réglés ailleurs — comment, même, ils peuvent être ignorés ailleurs sans dommage pour le système — on s'est aperçu que, selon l'expression d'Arminjon, Nolde et Wolff, beaucoup de ces doctrines continentales étaient « édifiées sans tenir compte suffisamment des faits » et du danger qu'il y a à confondre la technique juridique avec la nature des choses. Or, ce sont ces subtilités techniques qui, hier, séparaient le plus profondément les systèmes et faisaient trop rapidement admettre que des droits ignorant ou rejetant certaines techniques n'étaient pas « comparables » avec les droits d'une haute technicité traditionnelle. La conception moderne du droit comparé tend à supprimer, ou du moins à réduire ces barrières anciennes.

c) Enfin, une dernière conséquence du développement moderne du droit comparé et des données internationales de ce développement consiste dans l'internationalisation grandissante des concepts juridiques. Ici, encore, la reconnaissance de l'équivalence des institutions et l'emploi de la méthode fonctionnelle rapprochent des juristes appartenant à des systèmes différents et même à des systèmes opposés ; et l'apparition de disciplines de nature et de portée inter-étatiques comme le droit de l'espace ou le droit atomique favorise encore et tend même à précipiter cette internationalisation. Il se crée ainsi, en certaines matières où la coopération internationale s'impose à la base, une terminologie juridique commune. Ailleurs, et dans la mesure où les relations se font plus fréquentes et plus confiantes, il s'opère une harmonisation des concepts et un échange de plus en plus naturel des notions juridiques qui ressemblent également à un langage commun. Sans parler des rencontres que favorise ou que suscite l'Organisation des Nations Unies, rappelons-nous ce que nous avons dit du caractère nouveau de l'unification des droits : dans la mesure où l'on ne recherche plus uniquement à établir des « lois uniformes », au sens en quelque sorte classique de l'expression, on tend à réaliser une harmonisation des droits par une uniformisation progressive des concepts de base.

On aperçoit ainsi *pourquoi* le droit comparé s'impose aujourd'hui plus que jamais. Demandons-nous dès lors comment s'effectue aujourd'hui la recherche comparative et en quoi elle dispose de moyens nouveaux.

## 2. *Moyens et résultats nouveaux de la recherche comparative*

Nous n'aurions pas à revenir sur la manière dont doit être comprise et conduite la recherche comparative, si nous ne devions insister ici plus particulièrement sur les facilités nouvelles désormais offertes aux comparatistes et si nous n'avions à préciser en quoi, aujourd'hui plus qu'hier, une telle recherche est de nature à aboutir à des résultats effectifs.

A) — Les facilités nouvelles viennent d'abord — nous n'avons pas à l'exposer de nouveau en détail, mais il convient de ne pas l'oublier — de la création et du développement de tous les organismes internationaux qui, tant sur le plan régional que sur le plan mondial, agissent en faveur de la coopération juridique comparative. Ces facilités viennent, en outre, de ce que les comparatistes disposent aujourd'hui de possibilités d'études, de recherches et de confrontations qui se développent dans deux directions principales

La première est celle de l'enseignement du droit comparé. Cet enseignement est désormais solidement implanté dans les pays de culture scientifique développée. Les formes, les modalités, les sanctions de cet enseignement varient évidemment de pays à pays, et parfois d'Université à Université dans un même pays. On discute de même, un peu partout et parfois avec excès, du point de savoir à quel stade des études juridiques il convient de donner un tel enseignement et quel en doit être le programme. Faut-il, en particulier, le concevoir surtout comme une initiation aux différents systèmes existants ? Faut-il, au contraire, le concentrer plutôt sur une matière spécialement choisie — et de vocation comparative comme le droit des contrats par exemple — qu'on examinera alors à la lumière des positions particulières de plusieurs législations ? Il ne pourra en ce cas s'adresser utilement qu'à des auditeurs ayant déjà des connaissances précises de la technique juridique et même des solutions de leur propre droit sur le problème envisagé.

La querelle, en soi, peut paraître assez vaine. D'abord parce que, quoi qu'on prétende, un « cours de droit comparé », à l'heure actuelle, dépend toujours, dans sa structure, sa portée et son objet, de la personnalité, de la formation et des choix personnels de celui qui en est chargé. De plus, si le cours est placé au début des études juridiques, il ne peut logiquement et utilement porter que sur la configuration générale des grands systèmes, l'exposé comparatif d'un sujet technique (comme la formation des contrats ou le contrôle juridictionnel de l'administration) ne pouvant de toute évidence être abordé que plus tard. L'idéal serait sans doute de cumuler les deux méthodes. Dans le monde actuel, il est assurément singulier que le juriste débutant puisse ignorer longtemps — ce dont l'expérience enseigne qu'il ne se doute même pas — qu'il existe d'autres systèmes que celui dont il entreprend l'étude. Il serait souhaitable qu'il fût averti très tôt que d'autres corps

de droit régissent des communautés sociales souvent très voisines de celle où il vit et s'efforcent d'en résoudre les litiges. Mais il serait également utile que, nanti d'un bagage au moins élémentaire, il soit invité à confronter les solutions — ou les positions — de son droit propre avec celles de certains droits étrangers sur telle ou telle matière déterminée.

Quoi qu'il en soit, l'enseignement du droit comparé a, depuis le début du XX<sup>e</sup> siècle, particulièrement depuis la fin de la première guerre mondiale, connu un développement considérable, qui ne cesse actuellement de s'amplifier. Des données statistiques, faciles à réunir mais trop longues à exposer, en feraient apparaître avec force la courbe ascendante. Contentons-nous de constater que cette généralisation de l'enseignement du droit comparé constitue une facilité importante pour la science juridique comparative moderne.

Une seconde facilité, plus significative encore peut-être, offerte à ceux qui veulent poursuivre des recherches de droit comparé résulte de la prolifération actuelle des Instituts spécialisés. On se souvient que le premier a été créé à Lyon, après la paix de 1919, par ce grand pionnier que fut Edouard Lambert. L'exemple a été rapidement et universellement suivi avec, pour conséquence, une émulation considérable dans les études juridiques comparatives. Certes, tous ces « Instituts de droit comparé », selon l'expression la plus courante, ne sont pas de même importance et la structure peut en être très différente selon les cas. Quelques-uns ne représentent guère, il faut l'avouer, qu'une affiche alléchante, plus riche souvent d'espérances que de réalisations. D'autres représentent surtout la consécration officielle d'une action personnelle, celle, généralement, d'un comparatiste ardent à l'étude, souvent d'un grand renom, entouré de collaborateurs qualifiés qu'il a choisis. La plupart, enfin, hésitent entre une triple tâche : — de documentation, — de recherche, — et d'enseignement. Les mieux outillés s'efforcent de les remplir toutes les trois ; les moins bien pourvus en sont réduits à des choix difficiles. De toute manière, la documentation reste, et doit rester, la préoccupation principale d'un véritable Institut de droit comparé ; car le succès de toute recherche comparative dépend d'abord d'une documentation adéquate ; et nul enseignement de droit comparé ne se comprend sans un large accès aux sources et à l'information exacte concernant le droit étranger. La réunion d'une telle documentation, les spécialisations nécessaires, le classement matériel et le dépouille-

ment scientifique des documents reçus posent des problèmes délicats et complexes sur lesquels nous ne pouvons insister, mais qui sont d'une extrême importance. Contentons-nous de dire, en bref, que jamais trop de soins ne sauraient leur être consacrés.

Pas davantage nous ne saurions entreprendre ici le dénombrement ni l'exposé de l'activité de ces centres d'études comparatives, dans leurs formes et sous leurs appellations diverses. Notons seulement que le problème de l'organisation et des buts des Instituts de droit comparé est primordial pour l'avenir de la comparaison des droits. Il a été spécialement étudié par un Colloque de l'Association internationale des Sciences juridiques organisé à cette fin à Munich en 1954, auquel nous nous permettons de renvoyer, car beaucoup des conclusions de cette réunion sont encore valables. Certes, la question mériterait d'être reprise d'autant que, depuis cette date, le mouvement s'est considérablement développé : en 1954, le droit comparé était encore pratiquement banni des Pays de l'Est, alors qu'il s'y est heureusement implanté et affirmé depuis quinze ans. Citons à cet égard l'activité de l'Institut de droit comparé de Belgrade, qui a célébré avec éclat en 1966 son dixième anniversaire, et celle de l'Institut des Sciences Juridiques de Hongrie qui a organisé à Budapest en 1969 un important Colloque de droit comparé. De son côté, l'Institut de l'Etat et du droit de l'Académie des Sciences de l'U.R.S.S. comprend désormais trois sections s'occupant respectivement : l'une, de la comparaison à l'intérieur des divers pays socialistes, l'autre, de l'évolution du droit des pays « bourgeois », et la troisième, des institutions des pays nouveaux d'Afrique et d'Asie. On voit que le mouvement est désormais universel, car il ne saurait être question de dénombrer, et encore moins de classer, les Instituts de droit comparé de l'Occident, dont beaucoup sont des centres remarquables d'activité scientifique. N'oublions pas non plus que l'Institut japonais de droit comparé de l'Université Chuo a fêté également son dixième anniversaire, en 1961, par une publication collective remarquable sur *Les problèmes contemporains de droit comparé*.

Arrêtons-nous un court instant sur cette notion d'œuvre collective. L'un des grands avantages des Instituts — ou des organismes bien structurés consacrés à la recherche juridique comparative — est précisément de rendre possible, à côté des initiatives ou des études individuelles, qu'ils peuvent aussi favoriser, un véritable travail d'équipe. Or, ce sont des équipes de travail qui fournissent aujourd'hui les contributions les plus utiles à la science

du droit comparé. La complexité des sources auxquelles il est nécessaire d'avoir recours, l'ampleur et la diversité d'une documentation qui réclame le concours de plusieurs spécialistes, les difficultés linguistiques et la nécessité de se renseigner à la fois sur les particularités techniques et sur la réalité globale des systèmes pris comme base de la recherche imposent de plus en plus la participation commune d'un nombre plus ou moins grand de chercheurs. Les responsables de l'enquête auront alors la double tâche d'établir au départ une division attentive du travail, puis d'en assurer ensuite la coordination rigoureuse. De telles équipes peuvent sans doute être réunies à l'initiative d'une seule personne, qui devra alors avoir les moyens matériels nécessaires pour mener à bien son entreprise ; mais il est clair que les choses seront singulièrement facilitées au sein d'un Institut disposant déjà de moyens assurés, et possédant ses cadres, son centre de documentation, ses collaborateurs habitués à travailler ensemble, et ses correspondants attitrés.

Ajoutons, sans pouvoir y insister davantage, que les Instituts ou Centres de recherche, comme les grands organismes internationaux, peuvent désormais, et pourront plus encore demain mettre à la portée des chercheurs des moyens nouveaux de documentation et d'investigation. En notre siècle de mécanisation et d'automation, les progrès de la science viennent au secours du juriste et l'ordinateur lui offre sa mémoire infailible et ses possibilités pratiquement infinies de classement, de rapprochement et de sélection. La documentation n'est plus seulement une question de bibliothèque et d'archives, et la comparaison peut utiliser tout ce qui aura été « mémorisé » par la machine : lois, règlements, conventions internationales, décisions des tribunaux, opinions doctrinales. *L'informatique* vient, pourrait-on dire, au secours du droit comparé. Certes, l'intrusion de l'ordinateur dans la recherche pose des problèmes délicats, qui ont justement retenu l'attention des comparatistes modernes ; car on discute sur ce qu'il faut attendre de cette mémoire électronique, sur la manière de la « nourrir », sur l'établissement de son vocabulaire. Plusieurs méthodes, et même plusieurs Ecoles s'affrontent ; et les problèmes de technique, et surtout de langage sont plus difficiles encore sur le plan international, où il faut néanmoins les situer du point de vue comparatif : ne convient-il pas, en particulier, d'envisager et de chercher à développer des centres d'informatique internationaux et, d'abord, sans doute, régionaux ?

Les problèmes tels que ceux qui sont posés par l'utilisation de l'informatique démontrent tout ensemble la diversité des moyens dont peuvent désormais disposer les comparatistes et la complexité des techniques qui leur sont offertes. Par là s'accroît encore davantage la nécessité d'un recours systématique au travail d'équipe, poursuivi dans le cadre d'Organismes pourvus d'un outillage approprié. L'efficacité du travail comparatif devient ainsi tributaire, de plus en plus, d'une infrastructure d'équipement collectif.

B) — Servie par de telles facilités, la recherche comparative peut, mieux encore que par le passé, obtenir des résultats positifs. Ce sont ces résultats qu'il serait nécessaire maintenant d'évaluer. Il faut cependant y renoncer, car il serait illusoire de prétendre en dresser l'inventaire en quelques instants. On peut constater seulement que jamais les études comparatives n'ont été plus actives, ni plus soucieuses des réalités concrètes de la vie juridique. Quelques exemples, choisis presque au hasard, suffisent pour illustrer rapidement cette affirmation. Dans certains centres, une documentation rigoureusement triée est mise à la disposition des spécialistes sur certaines matières spécialement choisies, comme le fait l'Institut Angelo Saffra de droit comparé, de droit commercial, de droit industriel et de droit du travail de l'Université commerciale Luigi Bocconi de Milan. Aux Etats-Unis, des efforts, également très concrets, ont été entrepris pour mettre les Common Lawyers en contact avec le système romaniste tel qu'il fonctionne effectivement. Le Doyen Roscoe Pound, saluant l'œuvre entreprise en ce sens par M. A. T. Von Mehren, soulignait que celui-ci parlait « de l'étude comparée des droits plutôt que de l'étude du droit comparé ». De son côté, donnant un remarquable exemple de travail d'équipe, M. R. B. Schlesinger a présenté, comme *General Editor*, une vaste enquête réalisée par d'éminents juristes des deux côtés de l'Atlantique sur la formation des contrats avec le dessein d'atteindre le « noyau commun » (*common core*) des systèmes envisagés. A Paris, la Société de Législation Comparée poursuit méthodiquement ces confrontations bilatérales déjà citées qui permettent la comparaison soit de systèmes voisins (Journées franco-italiennes, franco-latino-américaines, franco-allemandes) soit de systèmes différents (Journées franco-anglaises), soit enfin de systèmes de structures opposées (franco-yougoslaves, franco-polonaises, franco-roumaines, franco-hongroises, franco-soviétiques). Enfin à Hambourg, le Max-Planck-Institut, dont la réputation

tion est bien connue, met au point une vaste *Encyclopédie de droit comparé* qui, en seize volumes, offrira en langue anglaise un panorama des grandes matières du droit privé et des problèmes généraux intéressant la science juridique comparative.

Cette œuvre ambitieuse, entreprise à l'initiative du Comité international de droit comparé (organe directeur de l'Association internationale des Sciences juridiques), se veut néanmoins modeste dans sa portée. Elle ne se présente pas comme une somme définitive, ni même comme le point final de recherches tendant à présenter la synthèse, en quelque sorte figée, des matières traitées. Elle souhaite plutôt être le point de départ de recherches ultérieures pour lesquelles elle constituerait un instrument de travail soigneusement mis au point. En ce sens du reste, le directeur du Max-Planck-Institut, M. Zweigert, a publié (en collaboration avec M. Kötz) un ouvrage d'introduction au droit comparé dont le tome II — paru le premier — est consacré à l'examen comparatif du droit des obligations dans le système romaniste et dans le système de common law : les autres systèmes, et spécialement celui des Pays socialistes, sont délibérément laissés de côté. Cette manière de procéder est révélatrice d'une certaine conception, ou plus exactement peut-être d'un certain état de la recherche comparative moderne. L'étude ne se prétend pas, elle non plus, exhaustive ou définitive. Elle constitue un exemple — et, à la vérité, un modèle — d'enquête systématique de droit comparé moderne. Dans une certaine mesure, le comparatiste ne vise plus, comme le voulaient les pionniers du début du siècle, à découvrir une vérité universelle qu'il fixerait dans ses traits essentiels : son ambition est surtout de venir en aide à d'autres comparatistes et de les inciter à entreprendre d'autres recherches.

Si l'on voulait un autre exemple de cette démarche prudente, avançant pas à pas, mais se situant cette fois résolument dans la confrontation Est-Ouest, on le trouverait dans les deux Colloques organisés par l'Association Internationale des Sciences Juridiques, successivement à Chicago en 1957, et à Varsovie en 1958 sur la notion de légalité dans les Pays occidentaux, puis dans les Pays socialistes. Il est significatif, à propos du premier de ces Colloques, de se reporter aux observations concurrentes, mais non point tellement divergentes [sinon sur la méthode ou sur la portée, mais pas sur le contenu, de la recherche] présentées par un comparatiste anglais éminent, M. Hamson, de Cambridge, et par un grand juriste polonais, M. Rozmaryn. L'étude comparative

concrète a permis, ici encore, de dégager d'abord certains points communs, ou certaines lignes communes, qui sont comme l'image comparative des systèmes occidentaux (romaniste ou de common law) sur le problème considéré. Ce sont : l'affirmation de la *rule of law* ou du *Rechtsstaat* en soi ; la reconnaissance d'un ensemble de principes généraux dominant le système et où peuvent puiser les interprètes, l'existence d'un juge indépendant et l'exigence d'une procédure régulière [publique, contradictoire, assurant les droits de la défense et aboutissant à une sentence délibérée], l'organisation d'un contrôle [si possible, juridictionnel] de l'Administration, et le respect sur le plan civil des droits essentiels de la personnalité. Au contraire, pourront ne pas apparaître comme essentielles les dispositions ou les institutions (et, à leur égard, d'un pays à l'autre, les divergences) tenant au statut des magistrats, aux formes locales de procédure [présence ou non d'un jury, juge unique ou collégialité, organisation du Ministère public, institution de la *cross-examination*, possibilité pour les juges de faire connaître leurs opinions dissidentes], à l'existence de tribunaux administratifs, au contrôle de la constitutionnalité des lois, à l'existence d'une Constitution écrite rigide. Le même travail de prospection comparative peut s'établir ensuite pour les Pays de l'Est [avec l'examen spécial de notions telles que celle de la « légalité socialiste »], et de ce double examen Est-Ouest pourra se dégager une « comparaison contrastée » de la *rule of law* dans les trois grands systèmes en présence.

On aperçoit aisément quelles conséquences tirer sur le plan méthodologique, des résultats ainsi obtenus. Le problème n'est plus, comme hier, de rechercher une unité sous-jacente d'où puisse résulter ensuite une unification souhaitée : il s'agit de comprendre l'économie, le fonctionnement positif et l'équilibre respectif des systèmes. C'est à quoi peut conduire la recherche comparative quand, poursuivie selon la méthode fonctionnelle, elle devient ce qu'on a appelé quelquefois le droit comparé en action. Nous touchons déjà ici à l'aboutissement final et au sens véritable de cette recherche ; c'est par là qu'il nous faut conclure.

### 3. Vers quoi tend le droit comparé contemporain

Le problème que nous abordons, ou plus exactement que nous retrouvons ici, est de savoir à quoi tend, en définitive, ce droit comparé moderne dont nous nous sommes efforcé de dégager les caractères. A cet égard encore, le bilan est largement positif. Pour nous limiter à l'essentiel, nous retiendrons simplement que ce « droit comparé en action » paraît s'orienter dans trois directions principales.

Avant tout peut-être, et comme le démontrent nos derniers exemples, le droit comparé envisagé comme nous l'avons fait jusqu'à présent dégage et permet de comprendre la politique juridique des différents pays. Dès qu'on dépasse la juxtaposition des règles de droit, dès qu'on se propose également d'aller plus loin que la description ou l'analyse statique des institutions, on prend conscience du dynamisme législatif et on pense le droit en termes de mouvement. Un système juridique vivant est en perpétuel devenir ; et, si le « droit des juristes » tend bien à assurer la stabilité des relations juridiques, le droit du citoyen, du justiciable, du « sujet de droit » tend à s'adapter sans cesse aux fluctuations de la vie économique et sociale. D'où la complexité de la *law in action*, dont la propension naturelle est de déborder à chaque instant les règles écrites. C'est là un des grands enseignements du droit comparé dans son aspect fonctionnel, institutionnel ou opérationnel. Il fait apparaître l'importance nouvelle que prennent, à côté du droit normatif, les standards, les habitudes et surtout les coutumes locales ou professionnelles : les experts, désignés par les juges, s'y réfèrent de plus en plus et leur rôle semble grandissant, non seulement, comme le veut la tradition, dans le domaine des relations commerciales, mais en matière de loyers, de construction immobilière, d'exercice des professions. Tous ces éléments actifs s'intègrent dans une politique juridique qui, elle aussi, dépasse le cadre, non seulement des normes codifiées, mais même de ce que l'on entend habituellement par le terme de politique législative.

En même temps, et corrélativement, le droit comparé nous permet d'apercevoir les grands courants législatifs, ou plus exactement les grands courants réformateurs dans leur action internationale. Quelques notions, déjà rencontrées, en sont l'illustration. Ainsi, le développement des biens réservés de la femme

mariée, dans son expansion dynamique, ou la réapparition en droit moderne de la vieille *adoptio plena* du droit romain se réfèrent moins à des institutions qu'il faut isoler pour l'analyse qu'à des manifestations d'une évolution et d'une adaptation du droit à des conditions sociales et à des besoins sociaux nouveaux ; on y trouve la conséquence, en termes de droit, du mouvement d'émancipation de la femme ou de la constitution de la famille adoptive moderne. Le droit comparé illustre ainsi la force actuelle de la vieille maxime *ex facto jus oritur*. Il nous donne la possibilité également de mesurer la puissance d'action de ces courants réformateurs sur les différents systèmes en présence ou de discerner l'imitation prévisible de certaines expériences tendant à donner satisfaction à des besoins non encore satisfaits par les institutions existantes et qui se font sentir, de manière pratiquement identique, entre pays de même développement industriel, économique et social. En ce sens, on peut dire que le droit comparé, institutionnel ou fonctionnel, débouche sur une véritable prospective législative ou juridique.

Enfin, de tout ce que nous avons dit résulte encore que le droit comparé est à la fois un moyen et une expression de la coopération internationale sur le plan juridique. Il en est manifestement une expression, comme le démontrent les résultats des Colloques de Chicago et de Varsovie sur les conceptions — occidentale et socialiste — de la légalité. Il en est un moyen, puisque c'est à travers la recherche comparative, poursuivie en commun, que juristes de différents pays et même de systèmes foncièrement divergents arrivent normalement — on oserait presque dire nécessairement ou inévitablement — à coopérer. Un fois de plus il en sera ainsi tout spécialement lorsque des travaux communs seront entrepris pour tenter de résoudre des problèmes nouveaux ou de répondre à des besoins réclamant des remèdes que n'offrent pas les règles ou les institutions anciennes. C'est le cas pour une série de questions qu'éclaire la confrontation des efforts tentés et des réalisations obtenues ; et il suffit ici de citer — en dehors du domaine du droit du travail ou de la sécurité sociale — des problèmes aussi actuels et aussi universels que ceux de l'environnement, de la circulation routière ou de la protection de l'intimité de la personne et de la vie privée. A ce *right of privacy* dont ont parlé les auteurs anglo-américains répondent, en France, des dispositions pénales nouvelles de la loi du 17 juillet 1970 tendant à renforcer la garantie des droits individuels des citoyens. Ce n'est donc pas sans raison que le statut de l'Unesco donne pour objet

à cet organisme de favoriser la connaissance et la compréhension mutuelles des Nations par l'utilisation de la méthode comparative.

Sans doute n'est-ce pas d'aujourd'hui seulement que l'on se plaît à vanter le rôle du droit comparé dans le maintien des relations pacifiques entre les peuples. C'est même là, semble-t-il, un thème quelque peu rebattu, pour discours d'ouverture lors des Conférences internationales ou pour allocution au banquet de clôture d'un Congrès de droit comparé. Au delà de ce qui a été dit cent fois déjà, cependant, il faut apercevoir toute la portée des perspectives nouvelles. La bonne volonté, toujours acquise, des comparatistes, le climat de La Haye des années 1900, voire la coexistence, acceptée ou raisonnée, de 1960, ne suffisent plus. L'Association Internationale des Sciences Juridiques, extension, on le sait, du Comité international de droit comparé constitué sous les auspices de l'Unesco au lendemain de la dernière guerre, a reçu de ses statuts la mission d'encourager « le développement des sciences juridiques dans le monde par l'étude des droits étrangers et l'emploi de la méthode comparative ». Elle a pour objet ultime (ajoutent les mêmes statuts) de « favoriser la connaissance et la compréhension des nations ». Connaissance et compréhension : deux notions clefs, pourrait-on dire, du comparatisme moderne. Dès que l'on a pris conscience de l'existence simultanée de systèmes juridiques diversifiés, on s'aperçoit tout ensemble que l'étude comparative est devenue une nécessité, et qu'elle suppose une coopération non moins nécessaire des juristes des différents pays, quelles que soient les différences de structure de leurs systèmes respectifs. La mission du droit comparé n'est alors ni d'établir, de l'extérieur, une unification interne des groupes de législations « comparables », ni — moins encore même — de formuler des jugements de valeur entre types de législations non strictement et directement comparables. Le philosophe ou l'historien du droit pourront, peut-être, procéder ensuite à de telles évaluations qualitatives ; le comparatiste se les interdira dans la mesure où elles déborderaient le cadre de cette connaissance et de cette compréhension. Ce qui, certes, n'empêche pas l'utilisateur de la méthode comparative de chercher, par une étude objective des systèmes en action, à dégager la solution la meilleure [c'est-à-dire la plus adéquate socialement et humainement] d'un problème donné, dans un contexte socio-culturel défini.

Le droit comparé fait apparaître ainsi la relativité du droit national existant. Il pousse donc à dépasser la simple formulation

de la norme écrite comme la seule considération de la loi territoriale ou de la technique juridique particulariste. Des auteurs comme Stammler, dès 1911, ou Del Vecchio, depuis, ont montré qu'à travers l'étude comparative le droit national apparaît comme une expression particulière, et donc limitée, de l'idée fondamentale de droit. *Lex multiplex, jus unum*, dit la devise du Centre français de droit comparé, retrouvant ainsi, pour l'adapter aux conditions modernes de la recherche, la doctrine essentielle des fondateurs de l'Ecole universaliste française, Saleilles, Lambert et Lévy-Ullmann. En Amérique, tour à tour Roscoe Pound et Yntema — entre autres — ont insisté sur la manière dont l'étude comparative peut, au delà d'un provincialisme primaire, permettre d'accéder aux dimensions internationales du droit et à la notion fondamentale, universelle parce qu'humaine, de justice. Dans les Pays de l'Est, des juristes aussi marquants que le regretté Rozmaryn en Pologne, W. M. Tchikvadze en U.R.S.S. et I. Szabo en Hongrie, les professeurs Knapp en Tchécoslovaquie et Blagojevic en Yougoslavie, A et T. Ionasco en Roumanie ont relevé aussi bien la nécessité actuelle du dialogue que la valeur culturelle remarquable de la confrontation entre systèmes structurellement différents. Le droit comparé moderne développe donc bien, de par un *consensus* général, une vocation, et aussi un esprit universaliste. Sa mission finale, dans la mesure où il dépasse les techniques nationales et même les particularismes régionaux, est sans doute de servir d'expression à la conscience juridique universelle, ou du moins — quels que soient leurs régimes autonomes d'organisation ou leurs idéologies — de dégager la conscience juridique des Nations évoluées et parvenues à un niveau analogue de civilisation, à un moment donné de l'histoire de l'humanité.



## NOTES BIBLIOGRAPHIQUES

Les indications qui suivent n'ont pas l'ambition de constituer une bibliographie exhaustive, et encore moins une bibliographie sélective — qui reste encore à établir — des études de droit comparé. Leur objet, beaucoup plus limité et plus modeste, est de rappeler, pour chaque chapitre, les ouvrages, articles ou études de référence se rapportant directement à la matière traitée dans ce chapitre ou y ayant fait l'objet d'une mention particulière. Il a paru nécessaire, cependant, de signaler d'abord globalement les ouvrages et les recueils essentiels qui constituent la base d'une introduction générale au droit comparé, et qui traitent des sujets abordés pratiquement dans les différentes parties de cet exposé d'ensemble.

### BIBLIOGRAPHIE GENERALE SOMMAIRE

#### A. *Ouvrages.*

Arminjon, P., Nolde, B., Wolff, W. - *Traité de droit comparé*, Paris, 1950-1952, 3 vol.

David, René - *Traité élémentaire de droit civil comparé*, Paris, 1950. - *Les grands systèmes de droit contemporains*, 4<sup>e</sup> éd., Paris, 1971 (Précis Dalloz).

Gutteridge, H. C. - *Comparative Law. An Introduction to the Comparative Method of Legal Study and Research*, 2<sup>e</sup> éd., Cambridge, 1949 (traduit en français sous le titre *Le droit comparé*, Paris, 1953).

Hall, Jerome. - *Comparative Law and Social Theory*, Baton Rouge, 1963.

Martinez Paz, E. - *Introducción al estudio del derecho civil comparado*, Cordoba, 1934, Buenos Aires, 1960.

Sarfatti, Mario. - *Introduzione allo studio del diritto comparato*, Turin, 1933.

Sauser-Hall, G. - *Fonction et méthode du droit comparé*, Genève, 1913.

Schnitzer, A. F. - *Vergleichende Rechtslehre*, 2<sup>e</sup> éd., Bâle, 1961.

de Sola Cañizares, F. - *Iniciación al derecho comparado*, Barcelona, 1954.

## B. Recueils

Congrès international de droit comparé, Paris 1900. - *Procès-verbaux des séances et documents. Congrès international de droit comparé tenu à Paris du 31 juillet au 4 août 1900*, Paris, 1905-1907, 2 vol.

Mélanges Lambert. - *Introduction à l'étude du droit comparé, Recueil d'études en l'honneur d'Edouard Lambert*, Paris, 1938, 3 vol.

Mélanges Rabel. - *Festschrift für Ernst Rabel*, vol. 1, *Rechtsvergleichung und internationale Privatrecht*, Tübingen, 1954.

Mélanges Yntema. - *XXth Century Comparative and Conflicts Law. Legal Essays in Honor of Hessel E. Yntema*, Leyde, 1961.

*Essays in Jurisprudence in Honor of Roscoe Pound*, publication de The American Society for Legal History, New York, 1962.

*Problèmes contemporains de droit comparé*, Tokyo, 1962, 2 vol.

Société de législation comparée. - *Livre du Centenaire de la Société de législation comparée*, t. I, *Un siècle de droit comparé en France (1869-1969) - Les apports du droit comparé au droit positif français*, Paris, 1969 ; t. II, *Evolution internationale et problèmes actuels du droit comparé*, Paris, 1971.

## I. INTRODUCTION

Amari, Emerico. - *Critica di una scienza delle legislazioni comparate*, Gênes, 1857.

Anthoine de Saint-Joseph, F. - *Concordance entre les Codes civils étrangers et le Code Napoléon*, 2<sup>e</sup> éd., Paris, 1856.

Capitant, H. - « Conception, méthode et fonction du droit comparé d'après Saleilles », in *L'Oeuvre juridique de Raymond Saleilles*, 1919.

Cornil, G. - « La complexité des sources du droit comparé », in *Mélanges Lambert*, t. I, p. 358.

- Hug, W. - « The History of Comparative Law », *Harvard Law Review*, 1932, p. 1027.
- Kohler, J. - *Das Recht als Kulturerscheinung. Einleitung in die vergleichende Rechtswissenschaft*, Würzburg, 1885.
- « De la méthode du droit comparé », in *Procès-verbaux des séances et documents. Congrès international de droit comparé Paris, 1900*), t. I, Paris, 1905, p. 227.
- Niboyet, J. P. - « Montesquieu et le droit comparé », in *La Pensée politique et constitutionnelle de Montesquieu - Bicentenaire de l'Esprit des lois*, Paris, 1952.
- Pollock, Fr. - « Le droit comparé. Prolégomènes de son histoire », in *Procès-verbaux des séances et documents. Congrès international de droit comparé (Paris, 1900)*, t. I., 1905, p. 248.
- Rheinstein, Max. - « Teaching Tools in Comparative Law », *American Journal of Comparative Law*, n° 1, 1952, p. 99.
- Rotondi, Mario. - « Per la storia del diritto comparato (La critica di una scienza delle legislazioni comparate di Emerico Amari) », in *Mélanges Fredericq, Liber Amicorum baron Louis Fredericq*, Gand, 1966, t. II, p. 853.
- Saieilles, R. - « Conception et objet de la science du droit comparé », *Bulletin de la Société de législation comparée*, 1900, p. 383.
- « La fonction juridique du droit comparé », *Mélanges Kohler, Jur. Festgabe zu J. Kohlers 60. Geburtstag*, Stuttgart, 1909, p. 164.

## II. LE DEVELOPPEMENT DU DROIT COMPARE AU XX<sup>e</sup> SIECLE

- Académie internationale de droit comparé. - *Actorum Academiae universalis jurisprudentiae comparativae (Mémoires de l'Académie internationale de droit comparé)*, publiés par les soins de Elemer Balogh, vol I, Berlin, 1928, vol. II, Paris, 1934.
- Dainow, J. - « Le droit civil et la Common Law - Quelques points de comparaison », in *Mélanges Fredericq*, Gand, 1966, t. I, p. 257.
- Gorla, Gino. - « Intérêts et problèmes de la comparaison entre le droit continental et la Common Law », *Revue internationale de droit comparé (RIDC)*, 1963, p. 5.
- Ionasco, Trajan. - « Le Conseil législatif roumain. Organe de technologie et de politique législative, destiné aussi à l'unification des droits locaux d'un même Etat unitaire », in *Mélanges Lambert*, Paris, 1938, t. II, p. 766.

- Lehr, Ernst. - *Eléments de droit russe*, Paris, 1877.  
- *Eléments de droit civil anglais*, Paris, 1885.  
- *Eléments de droit scandinave*, 1901.  
- *Etudes sur le droit civil des Etats-Unis*, Paris, 1906.
- Levy-Ullmann, H. - « De l'utilité des études comparatives », *Revue du droit* (Québec), 1923, p. 380.  
- *Vers le droit mondial du XX<sup>e</sup> siècle*, tirage à part de la Préface au t. I de la « Coll. d'études théoriques et pratiques de droit étranger, de droit comparé et de droit international » (*De la Condition des Sociétés étrangères aux Etats-Unis d'Amérique*), par P. Lepaulle, Paris, 1923.
- Pound, Roscoe. - « The Revival of Comparative Law », *Tulane Law Review*, vol. 5, 1930, p. 1.
- Roguin, Ernest. - *Traité de droit civil comparé*, 17 vol., Paris, 1904-1912.
- Société de législation comparée. - *Les transformations du droit dans les principaux pays depuis cinquante ans (1869-1919). Livre du Cinquantenaire de la Société de législation comparée*, Paris, t. I, 1922, t. II, 1923.
- Tanaka, K. - Esquisse d'une théorie du droit mondial. *Annales de l'Institut de droit comparé de l'Université de Paris*, III, 1938, p. 303.
- Tchkikvadze, W. M. - « L'évolution de la science juridique soviétique », RIDC, 1968, p. 19.
- Wigmore, J. H. - *A Panorama of the World's Legal Systems*, Saint-Paul, 1928, 3 vol.

### III. LES PROBLEMES METHODOLOGIQUES DU POINT DE VUE DOCTRINAL ET THEORIQUE

- Ascarelli, Tullio. - « La funzione del diritto comparato e il nostro sistema di diritto privato » in *Annali del Seminario giuridico dell'Universita di Catania*, 1949, III.  
- *Premesse allo studio del diritto comparato*, in *Saggi giuridici*, Milan, 1953.
- de Ascarate, G. - *Ensayo de una introducción a estudio de la legislación comparada*, Madrid, 1874.
- Blagojevic, Borislav T. - « Le droit comparé - méthode ou science », RIDC, 1953, p. 649.

- Cassin, René. - « Droits de l'Homme et méthode comparative », RIDC, 1968, p. 449.
- Constantinesco, L. - « Les éléments déterminants en tant que critères fondant la science des droits comparés », extrait de *Akrothinia Petros G. Vallindas*, Thessalonique, 1967, p. 235.
- de Francisci, P. - « La scienza del diritto comparato secondo recente dottrine », *Riv. int. di filosofia del diritto*, 1921, p. 234.
- Del Vecchio, Giorgio. - *Sull'idea di una scienza universale del diritto comparato*, Turin, 1909.
- « L'unité de l'esprit humain comme base de la comparaison juridique », RIDC, 1950, p. 686.
  - « Le basi del diritto comparato e i principi generali del diritto », in *Problèmes contemporains de droit comparé*, Tokyo, 1962, t. I, p. 41.
- Dölle, H. - « Rechtsdogmatik und Rechtsvergleichung », *Rabels Zeitschrift (RabelsZ)*, 1970, p. 403.
- Drobnig, U. - « Rechtsvergleichung und Rechtssoziologie », *RabelsZ*, 1953, p. 295.
- Eörsi, G. - « Réflexions sur la méthode de la comparaison des droits dans le domaine du droit civil », RIDC, 1967, p. 397.
- Gorla, Gino. - « Diritto comparato », Milan, 1963 (tiré à part de *Enciclopedia del diritto*, Milan, 1964, vol. XII, p. 928).
- Hall, Jerome. - *Studies in Jurisprudence and Criminal Theory*, New York, 1958.
- Hamson, C. J. - *The Law, its Study and Comparison*, Cambridge, 1955.
- Ionescu, C. - *Technica si genetica dreptului civil comparat*, Bucarest, 1931.
- Kohler, J. - « De la méthode du droit comparé », in *Procès-verbaux des séances et documents. Congrès international de droit comparé (Paris, 1900)*, Paris, 1905, t. I, p. 227.
- Lambert, Ed. - *La fonction du droit civil comparé*, Paris, 1903.
- « Le rôle du droit comparé dans l'ensemble des disciplines juridiques et ses domaines d'application », in *Mélanges juridiques dédiés à M. Sugiyama*, Tokyo, 1940, p. 16.
- Lambert, J. - « L'idée d'une science universelle du droit comparé (droit comparé et culture générale) », in *Etudes de droit contemporain*, Paris, 1959, p. 271.
- Langrod, G. - « Quelques réflexions méthodologiques sur la comparaison en sciences juridiques », RIDC, 1957, p. 353.

- Maridakis, G. S. - « Droit, droit mondial, droit comparé », in *Problèmes contemporains de droit comparé*, Tokyo, 1962, t. II, p. 189.
- Martinez Paz, E. - *El derecho comparado como dogmatica juridica*, Cordoba, 1946.
- Otetelisano, A. - *Esquisse d'une théorie générale de la science du droit comparé*, Paris, 1940.
- Pound, Roscoe. - « Some Thoughts about Comparative Law », in *Mélanges Rabel*, Tubingen, 1954, vol. I, p. 7.
- Rabel, E. - *Aufgabe und Notwendigkeit der Rechtsvergleichung*, Munich, 1925.
- Rodière, R. - *Introduction au droit comparé*, publication de l'Association internationale de droit comparé et de la Faculté internationale pour l'enseignement du droit comparé, Barcelone, 1967.
- Rotondo, Mario. - *Dogmatica e diritto comparato*, Pavia, 1926.
- *Diritto comparato*, Turin, s. d. (extrait du *Novissimo Digesto italiano*, V, Turin, 1960, p. 819).
- « Technique du droit, dogmatique et droit comparé », RIDC, 1968, p. 5.
- Sarfatti, Mario. - « L'idea di una scienza di diritto comparato universale », Modène, 1954, tiré à part de *Archivio giuridico*, vol. CXLVI, fasc. 1-2 (6<sup>e</sup> série, vol. XV, fasc. 1-2), 1954 p. 136.
- Savatier, René. - « Les bases sociales du droit comparé et l'accélération de l'Histoire », in *Problèmes contemporains de droit comparé*, Tokyo, 1962, t. II, p. 373.
- Sereni, P. - « Función y método del derecho comparado », *Bol. mexicano de derecho comparado*, vol. 41, 1961, p. 333.
- da Silva Pereira, C. M. - « Derecho comparado, ciencia autonoma », *Bol. mexicano de derecho comparado*, vol. 17, 1953, p. 9.
- Sugiyama, Naojiro. - « Essai d'une conception synthétique du droit comparé », in *Mélanges Lambert*, Paris, 1938, t. I, p. 50.
- « Table ronde internationale sur les « Perspectives et limites du droit comparé » (Colloque de Budapest, 1969), RIDC, 1970, p. 85.
- Vallindas, P. G. - *Introduction au droit comparé* (en grec), Salonique, 1952.

#### IV. LE DROIT COMPARE ENVISAGE COMME MODE D'APPROCHE SCIENTIFIQUE DES SYSTEMES JURIDIQUES

Allott, A. N. - *Essays in African Law*, 1960.

- « Towards the Unification of Laws in Africa », *The International and Comparative Law Quarterly*, vol. 14, 1965, p. 366.
- *New Essays in African Law*, 1970.

Anderson, J. N. D. - *Islamic Law in the Modern World*, 1959.

- « The Significance of Islamic Law in the World to-day », *Am. Journ. of Comp. Law*, 1960, p. 187.

Association internationale des sciences juridiques, éd. - *Les Aspects juridiques du développement économique*, Paris, 1966.

(Principalement pour les pays nouveaux d'Afrique)

Baudouin, L. - *Le droit civil de la Province de Québec, modèle vivant de droit comparé*, Montréal, 1953.

Bellon, J. - *Le droit soviétique*, coll. « Que sais-je », 2<sup>e</sup> éd., Paris, 1967.

Bousquet, G. H. - *Le droit musulman et son application effective dans le monde*, 1949.

Buckland, W. et McNair, A. D. - *Roman Law and Comparative Law*, 2<sup>e</sup> éd., par F. H. Lawson, 1953.

David, René. - « Existe-t-il un droit occidental », in *Mélanges Yntema*, Leyde, 1961, p. 56.

- *Le droit anglais*, coll. « Que sais-je », 1971.

Dekkers, R. - *Principes nouveaux du droit soviétique*, 1961.

- *Introduction au droit de l'Union soviétique et des Républiques populaires*, Bruxelles, 1963.

Eder, Ph. J. - *Comparative Survey of Anglo-American and Latin-American Law*, New York, 1950.

Graveson, R. H. - « De l'influence de la common law sur les systèmes de droit civil existant dans le Commonwealth britannique », RIDC, 1953, p. 658.

Hazard, John N. - « Modernization and Codification », *Revue roumaine de sciences sociales*, 1968, p. 63.

- *Communists and their Law. A Search for the Common Core of Marxian Socialist States*, Chicago, 1969.

Hazard, John N., Shapiro, I. et Maggs P. B. - *The Soviet Legal System (Contemporary Documentation and Historical Commentary)*, 2<sup>e</sup> éd., 1969.

- Kahn-Freund, Otto - « English Law and American Law- Some Comparative Reflections » in *Essays in Honor of Roscoe Pound*, 1962, p. 362.
- Lambert, J. - « La contribution du droit comparé à l'étude des problèmes du sous-développement », in *Problèmes contemporains de droit comparé*, Tokyo, 1962, t. II, p. 177.
- Lawson, F. H. - *A Common Lawyer looks at the Civil Law*, Ann Arbor, 1953.
- Lee, R. W. - *An Introduction to the Roman Dutch Law*, 5<sup>e</sup> éd., Oxford, 1953.
- Levy-Ullmann, H. - *Le système juridique de l'Angleterre (Le système traditionnel)*, 1928.
- Linant de Bellefonds, Y. - « Volonté interne et volonté déclarée en droit musulman, RIDC, 1958, p. 510.  
- *Traité de droit musulman comparé*, Paris 1965, 2 vol.
- McWhinney, E. - *Canadian Jurisprudence; the Civil Law and Comparative Law in Canada*, 1958.
- Milliot, L. - « L'idée de la loi dans l'Islam », in *Travaux de la Semaine internationale de droit musulman*, Paris, 1953.
- Rozmaryn, Stefan, dir. - *Introduction à l'étude du droit polonais*, publié par le Comité des Sciences juridiques de l'Académie polonaise des Sciences, Varsovie, 1967.
- Saleilles, R. - *Essai d'une théorie générale de l'obligation d'après le Code civil allemand*, Paris, 1890.
- Schlesinger, R. B. - *Comparative Law (Cases, Text, Materials)*, 2<sup>e</sup> éd., Londres.
- Les Systèmes de droit contemporain.* - Collection publiée par l'Institut de droit comparé de Paris sous la direction de M. René David.  
Vol. parus de 1948 à 1971 concernant successivement : l'Angleterre, le droit musulman, la Hongrie, les Etats-Unis d'Amérique (3 vol.), l'URSS (3 vol.), l'Île de Jersey, la France (2 vol.), la Tunisie, la Yougoslavie, le Liban, la Province de Québec (2 vol.), le Cambodge, le Japon, l'Inde, la République populaire de Chine.

## V. RAPPROCHEMENT OU OPPOSITION DES SYSTEMES

- Association internationale des sciences juridiques. - « Les réunions de l'Association internationale des sciences juridiques (Copenhague 16-19 sept. 1969). - Colloque sur l'harmonisation régionale des droits nationaux », RIDC, 1969, p. 580.
- Bärmann, J. - « Les communautés européennes et le rapprochement des droits », RIDC, 1960, p. 9.
- Ganshof van der Meersch, N. Y., dir. - *Le Droit des Communautés européennes. - Les Nouvelles*, Bruxelles, 1969.
- Gerbet, P. et Pepy, D., dir. - *La Décision dans les Communautés européennes*, coll. « Grands colloques européens », Bruxelles, 1969.
- Graveson R. H. - « L'influence du droit comparé sur le rapprochement des peuples », RIDC, 1958, p. 501.
- Hémard, J. - « Une enquête sur les contrats d'exclusivité, le refus de vente et les prix imposés dans les pays du Marché commun », RIDC, 1964, p. 701.
- Lambert, J. - « La contribution du droit comparé à l'étude des problèmes du sous-développement », in *Problèmes contemporains de droit comparé*, Tokyo 1962, t. II, p. 177.
- Limpens, A. - « Harmonisation des législations dans le cadre du Marché commun », RIDC, 1967, p. 621.
- Loeber, D. A. - « Rechtsvergleichung zwischen Ländern mit verschiedener Wirtschaftsordnung ». *RebelsZ*, 1961, p. 201.
- Monaco, R. - « Comparaison et rapprochement des législations dans le Marché commun européen », RIDC, 1960, p. 61.
- Noda, Yosiyuki. - « La réception du droit français au Japon », RIDC, 1963, p. 543.
- Novoa Monreal, Ed. - « La integración jurídica latino-americana », *Rev. de derecho y ciencias sociales* (Concepcion, Chili), 1966.
- Recueil des travaux de la troisième semaine juridique turco-suisse*. Publication de la Faculté de droit d'Ankara, 1966.
- Schnitzer, Adolf Fr. - « Ist massive Rezeption fremden Rechts gerechtfertigt ? ». *Problèmes contemporains de droit comparé*, Tokyo, 1962, t. I, p. 115.
- *Die Annäherung der Völker und ihrer Rechte* », *Zeitschrift für Rechtsvergleichung*, 1963, p. 227.
- Szabo, Imre. - « Science du droit et coexistence pacifique », *Bol. mexicano de derecho comparado*, 1968, p. 421.

Takayanagi, K. - « Contact of the Common Law with the Civil Law in Japan », *The Am. Journ. of Comparative Law*, 1955, p. 60.

Tunc, André. - « La possibilité de comparer le contrat dans des systèmes juridiques à structures économiques différentes », *RabelsZ*, 1962, p. 478.

- « L'affrontement des civilisations contemporaines : destruction ou fécondation mutuelle », *Bol. mexicano de derecho comparado*, 1968, p. 435.

Zajtay, Imre. - « La réception des droits étrangers et le droit comparé », *RIDC*, 1957, p. 686.

- « Les organisations internationales européennes et le droit comparé », *RIDC*, 1960, p. 5.
- « La réception globale des droits étrangers », *Etude de droit contemporain, Nouvelle Série*, Paris, 1970, p. 31.

Zweigert, Konrad. - « Die Rechtsvergleichung im Dienste der europäischen Rechtsvereinheitlichung », *RabelsZ*, 1951, p. 387.

- « Der Einfluss des europäischen Gemeinschaftsrechts auf die Rechtsordnung der Mitgliedstaaten », *RabelsZ*, 1964, p. 601.

## VI. DROIT COMPARE ET UNIFICATION DES DROITS

Castejón, F. - « El estudio del derecho comparado como medio de investigar las materias susceptibles de unificación internacional », *Rev. del Instituto de derecho comparado* (Barcelone), N° 10, 1958, p. 56.

Catalano, N. - « La Communauté économique européenne et l'unification, le rapprochement et l'harmonisation du droit des Etats membres », *RIDC*, 1961, p. 5.

Droz, Georges A. L. - « La Conférence de La Haye de droit international privé et les méthodes d'unification du droit : traités internationaux ou lois modèles ? », *RIDC*, 1961, p. 507.

Elola, J. - « En torno a la unificación jurídica en América latina », *Bol. mexicano de derecho comparado*, 1960, p. 11.

Graveson, R. H. - « L'étendue du domaine de l'unification du droit », *RIDC*, 1964, p. 5.

Honnold, J. - *Unification of the Law Governing International Sales of Goods- The Comparison and Possible Harmonization of National and Regional Unifications*, 1966.

- « The International Unification of Law - a Symposium ». - Numéro spécial de *The American Journal of Comparative Law*, vol. 16, N° 1-2, 1968 (avec notamment des articles de A. Allott, R. David, R. H. Graveson, J. Hellner, P. B. Maggs, K. H. Nadelmann).
- Limpens, J. - « Les constantes de l'unification du droit privé », RIDC, 1958, p. 277.
- « Relations entre l'unification au niveau régional et l'unification au niveau universel », RIDC, 1964, p. 13.
- Matteucci, M. - « L'évolution en matière d'unification du droit », RIDC, 1961, p. 285.
- « Les organisations internationales européennes et le droit comparé », numéro spécial de la RIDC, N° 1, 1960.
- Pound, Roscoe. - *The Spirit of the Common Law*, Boston, 1921.
- Projecto de legislación uniforme para Latinoamérica sobre títulos y valores*, Buenos Aires, 1967 (Projet de loi uniforme sur les titres négociables présenté par l'INTAL, créé par la Banque internationale de développement, organe de l'OEA (Organisation des Etats américains)).
- Rabel, Ernst. - « Die Haager Konferenz über die Vereinheitlichung des Kaufrechts », *RabelsZ*, 1952, p. 212.
- I<sup>re</sup> Rencontre des Organisations s'occupant de l'Unification du droit* (Barcelone, 1956), *Annuaire d'Unidroit*, t. II, (1956), Rome, 1957.
- Sarfatti, Mario. - « Le droit comparé en fonction de l'unification du droit », RIDC, 1951, p. 69.
- Tallon, Denis. - « L'étude du droit comparé comme moyen de rechercher les matières susceptibles d'unification internationale », *Etudes de droit contemporain, Nouvelle Série*, Paris, 1963, p. 149.
- de Vries, H. P. - « Universalisme et unification du droit aux Etats-Unis d'Amérique », RIDC, 1955, p. 542.
- Wahl, Ed. - « Methoden und Grenzen der Rechtsvereinheitlichung », *Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, 1950, p. 298.
- Zweigert, Konrad. - « Die Rechtsvergleichung im Dienste der Rechtsvereinheitlichung », *Ibid.*, p. 263.
- Yntema, H. E. - « Comparative Research and Unification of Law », *Michigan Law Review*, 1943, p. 261.

## VII. LES METHODES CONCRETES DE LA RECHERCHE COMPARATIVE

- Bel, Jean. - « Informatique et droit comparé », RIDC, 1970, p. 269.
- Carbonnier, Jean. - « Le Colloque sur le concept de la légalité dans dans les pays socialistes » (Colloque de l' AISJ, Varsovie, sept. 1958), RIDC, 1959, p. 77.
- *Flexible droit. Textes pour une sociologie du droit sans rigueur*, Paris, 1969.
- Hamson, C. J. - *The Comparative Study of Law. The English Trial and Comparative Law*, Cambridge, 1952.
- « La notion de légalité dans les pays occidentaux », RIDC, 1958, p. 5.
- Holleaux, G. - *De la filiation en droit allemand, suisse et français*, Essai de droit comparé, Paris, 1966.
- Kramer Ernst A. - « Topik und Rechtsvergleichung », *RabelsZ*, 1969, p. 1.
- Lawson, F. H. - « The Field of Comparative Law », *Juridical Review* (Edimbourg), 1949, p. 16.
- Lee, R. W. - « Comparative Law and Comparative Lawyers », *Journal of the Public Teachers of Law*, 1936, p. 1.
- McWhinney, Ed. - « Toward the Scientific Study of Values in Comparative Law Research », *Mélanges Yntema*, Leyde, 1961, p. 29.
- Mehl, L. - « Informatique juridique et droit comparé », RIDC, 1968, p. 617 (numéro spécial « L'informatique et le droit »).
- Rouast, A., dir. - *Le Régime matrimonial dans les législations contemporaines* (Travaux et recherches de l'Institut de droit comparé de l'Université de Paris, t. XIII), Paris, 1957.
- Rozmaryn, Stefan. - « A propos des Colloques de l'Association internationale des sciences juridiques sur la règle de la légalité », RIDC, 1958, p. 69.
- *Etude comparative de cas administratifs concrets*, RIDC, 1967, p. 421.
- Sandrock, Otto. - *Über Sinn und Methode zivilistischer Rechtsvergleichung*, Francfort, 1966.
- Schlesinger, R. B. - « The Common Core of Legal Systems- an Emerging Subject of Comparative Study », *Mélanges Yntema*, Leyde, 1961, p. 65.

- Schlesinger, R. B. et Bonassies, P. - « Le fonds commun des systèmes juridiques. Observations sur un nouveau projet de recherches », RIDC, 1963, p. 501.
- Société de législation comparée. - « Le 80<sup>me</sup> Anniversaire de la Société de législation comparée (« La méthode du droit comparé en matière de droit privé » - « La méthode comparative en droit public » - « La méthode du droit comparé en matière de droit pénal ») », RIDC, p. 487.
- Stone, F. F. - « The End to be Served by Comparative Law », *Tulane Law Review*, vol. 25, 1951, p. 325.
- Terré, Fr. - « Les méthodes de recherche sociologique en droit comparé », *Etudes de droit contemporain, Nouvelle série* (VIII<sup>e</sup> Congrès international de droit comparé, Pescara, 1970), Paris, 1970.
- Viehweg, Th. - *Topik und Jurisprudenz*, 3<sup>e</sup> éd., 1965.
- Zweigert, Konrad. - « Des solutions identiques par des voies différentes (Quelques observations en matière de droit comparé) », RIDC, 1966, p. 5.

## VIII. SIGNIFICATION ACTUELLE DU DROIT COMPARE

- Association internationale des sciences juridiques. - *Le Concept de la légalité dans les pays socialistes*, Colloque de l' AISJ ; 10-16 septembre 1958, publié par l'Académie polonaise des Sciences, Comité des Sciences juridiques, Varsovie, 1961.
- Cappelletti, Mauro - *Il Controllo guidiziario di costituzionalità delle leggi nel diritto comparato*, Milan, 1968.
- David, René. - « Le droit comparé, enseignement de culture générale », RIDC, 1950, p. 682.
- Comparaison des méthodes et des institutions en matière d'enseignement, leurs mérites et leurs défauts », in *Etudes de droit contemporain*, Paris, 1959, p. 237.
- Graveson, R. H. - « The Unity of Law », *Mélanges Fredericq, Liber Amicorum baron Louis Fredericq*, Gand, 1966, t. I, p. 507.
- Gutteridge, H. C. - « Teaching of international and Comparative Law », *Journal of Comparative Legislation* (Londres), 1941, p. 23.
- Hamson, C. J. - « Droit comparé et enseignement du droit », RIDC, 1950, p. 671.

- Hazard, J. - « Comparative Law in legal Education », *Chicago Law Review*, 1951, p. 264.
- von Mehren, A. T. - *The Civil Law System- Cases and Materials for the comparative Study of Law*, préface de Roscoe Pound, New York, 1957.
- Molina Pasquel, R. - « Veinticinco años de evolución del derecho comparado 1940-1965 », *Bol. mexicano de derecho comparado*, 1969, p. 57.
- « L'Organisation et les buts des Instituts de droit comparé », RIDC, 1955, p. 95.
- Pound, Roscoe. - « The Passing of Mainstreetism », *Mélanges Yntema*, Leyde, 1961, p. 3.
- Stone, F. F. - On the Teaching of Law Comparatively », *Tulane Law Review*, vol. 22, 1947-1948, p. 158.
- « Tendencias y Organización del derecho comparado en los diversos países », numéro spécial de la *Revista del Instituto de derecho comparado*, Barcelone, vol. 6-7, 1956.
- Tunc, André. - « Comparative Law, Peace and Justice » *Mélanges Yntema*, Leyde, 1961, p. 80.
- « Le juriste et la noosphère - la fonction possible des études comparatives dans le monde contemporain », *Problèmes contemporains de droit comparé*, Tokyo, 1962, t. II, p. 489.
  - « La contribution possible des études juridiques comparatives à une meilleure compréhension entre nations », RIDC, 1964, p. 47.
- Zbornik Radova o stranom i uporednom Pravu - Povodom 10 Godina Rada* (Recueil des travaux relatifs au droit étranger et au droit comparé à l'occasion du 10<sup>me</sup> anniversaire), Institut de droit, Belgrade, 1966, p. 557.
- Zweigert, Konrad. - « Neue Systeme und Lehrmittel der Rechtsvergleichung », *RabelsZ*, 1952, p. 397.
- Zweigert K. et Kötz H. - *Einführung in die Rechtsvergleichung auf dem Gebiete des Privatrechts*, vol. II, Institutionen, Tübingen, 1969.
- Yntema, Hessel E. - « Comparative Legal Research- some Remarks on „Looking out of the Cave” », *Michigan Law Review*, vol. 54, N° 7, p. 899.
- « Le droit comparé et l'humanisme », RIDC, 1958, p. 693.

## TABLE ANALYTIQUE DES MATIÈRES

| I. INTRODUCTION                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                | Pages |
|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-------|
| Remarques préliminaires sur l'objet et la portée de cette étude . . .                                                                                                                                                                                                                                                                                          | 7     |
| 1. <i>Position générale du problème</i> . . . . .                                                                                                                                                                                                                                                                                                              | 8     |
| A. Légitimité de l'étude comparative des droits; les objections traditionnelles; réponse à ces objections.                                                                                                                                                                                                                                                     |       |
| B. Idées directrices et plan général des exposés qui vont suivre.                                                                                                                                                                                                                                                                                              |       |
| 2. <i>L'apparition de la science juridique comparative.</i>                                                                                                                                                                                                                                                                                                    |       |
| Les origines lointaines. Du cosmopolitisme du XVIII <sup>e</sup> siècle au comparatisme du XX <sup>e</sup> . En quoi le droit comparé est un produit de la fin du XIX <sup>e</sup> siècle; les éléments qui en favorisent l'apparition; ceux qui la contrarient; le succès final du comparatisme juridique                                                     | 12    |
| II. LE DÉVELOPPEMENT DU DROIT COMPARÉ AU XX <sup>e</sup> SIÈCLE                                                                                                                                                                                                                                                                                                |       |
| Les trois phases successives de ce développement . . . . .                                                                                                                                                                                                                                                                                                     | 18    |
| 1. <i>La phase constitutive de la science juridique comparative.</i>                                                                                                                                                                                                                                                                                           |       |
| Le Congrès de droit comparé de 1900 : importance et signification. Le fond commun des législations et le « droit commun législatif ». L'atmosphère de la « Belle Epoque » : la confiance dans les progrès de la science; l'esprit conciliateur de La Haye; la centralisation du comparatisme juridique sur un pôle bi-partiste (Code Napoléon - BGB) . . . . . | 18    |
| 2. <i>Le droit comparé entre les deux guerres.</i>                                                                                                                                                                                                                                                                                                             |       |
| Le climat de 1920; la S.D.N. et la coopération internationale; l'universalisme et les tentations du « droit mondial »; le développement de la notion de système juridique et la confrontation du droit continental et du système de common law. Les régimes autoritaires et les réactions contre l'étude comparée des droits . . . . .                         | 22    |
| 3. <i>Le droit comparé depuis la seconde guerre mondiale.</i>                                                                                                                                                                                                                                                                                                  |       |
| Les circonstances nouvelles et les influences politiques; l'apparition du système des Démocraties populaires; la confrontation Est-Ouest; le Tiers Monde et la comparaison Nord - Sud; la « crise du comparatisme » . . . . .                                                                                                                                  | 26    |

### III. LES PROBLÈMES MÉTHODOLOGIQUES DU POINT DE VUE DOCTRINAL ET THÉORIQUE

- Les essais de définition du droit comparé . . . . . 29
1. *Les controverses méthodologiques de la première moitié du siècle.*  
Ampleur et complexité de ces controverses; les trois directions principales de la querelle méthodologique, de 1900 à la veille de la seconde guerre mondiale . . . . . 30
2. *Les théories critiques d'après 1945.*  
La doctrine nouvelle: le droit comparé simple utilisation de la méthode comparative; exposé de cette théorie; les raisons de son succès; les conséquences qui en découlent . . . . . 33
3. *Où en est la doctrine comparative moderne ?*  
Discussion de la théorie critique; ses limites et ses contradictions; en quoi le droit comparé reste distinct de la méthode comparative; droit comparé et géographie juridique; le construit comparatif et la science comparative du droit . . . . . 35

### IV. LE DROIT COMPARÉ ENVISAGÉ COMME MODE D'APPROCHE SCIENTIFIQUE DES SYSTÈMES JURIDIQUES

- Les diverses questions qui se posent à ce sujet . . . . . 39
1. *Qu'est-ce qu'un système juridique ?*  
Les deux notions: la notion étroite et la notion large; systèmes et « familles de droit »; conception adoptée et définition du système considéré du point de vue comparatif . . . . . 39
2. *Les systèmes positifs actuellement en présence* . . . . . 43  
Remarques préliminaires.
- A. Les trois groupes essentiels: 1) le système romaniste; 2) le système de common law; 3) le système de droit socialiste . . . . . 44
- B. Les groupes complémentaires: 1) les systèmes de droit religieux; le système de droit musulman; 2) les Pays du Tiers Monde . . . . . 48
3. *Comment aborder ces différents systèmes.*  
L'appréhension globale du système; exemples pratiques montrant pourquoi elle est nécessaire; application de cette technique d'approche à chacun des grands systèmes en présence . . . . . 50

### V. RAPPROCHEMENT OU OPPOSITION DES SYSTÈMES

- Valeur et portée respective de ces deux termes . . . . . 57
1. *Le rapprochement des systèmes en droit positif.*
- A. Le rapprochement nécessaire ou spontané: à l'intérieur d'un même pays ou d'un même système; entre pays ou systèmes différents; introduction imposée ou rencontre des systèmes . . . . . 58

|                                                                                                                                                                                                                                                                                                             |    |
|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| B. Le rapprochement délibéré ou provoqué : modalités principales; l'emprunt législatif; la réception des droits (caractères et conséquences) . . . . .                                                                                                                                                      | 61 |
| 2. <i>Confrontation ou opposition des systèmes.</i>                                                                                                                                                                                                                                                         |    |
| L'évolution de la notion de comparabilité; le rapprochement entre systèmes de structure politique et économique-sociale différente; les conséquences de la « confrontation contrastée » : faut-il opposer droit occidental et droit des pays de l'Est ? Systèmes juridiques et « types de droit » . . . . . | 65 |
| VII. DROIT COMPARÉ ET UNIFICATION DES DROITS                                                                                                                                                                                                                                                                |    |
| Le mouvement d'unification . . . . .                                                                                                                                                                                                                                                                        | 70 |
| 1. <i>Les premières conceptions et les premières formes de l'unification.</i>                                                                                                                                                                                                                               |    |
| L'évolution historique; les principales tentatives depuis la fin du XXe siècle . . . . .                                                                                                                                                                                                                    | 70 |
| A. Les facteurs de l'unification; les éléments favorables; les résistances et les difficultés . . . . .                                                                                                                                                                                                     | 72 |
| B. Les modalités de l'unification : l'unification nationale (intérêt comparatif; importance, notamment aux Etats-Unis : le <i>Restatement</i> et les lois modèles); l'unification internationale : différents modes de réalisation; les diverses formes qu'elles peut revêtir . . . . .                     | 74 |
| 2. <i>Les aspects nouveaux de l'unification.</i>                                                                                                                                                                                                                                                            |    |
| A. Quant aux conditions de l'unification : sur le plan général; sur le plan régional : importance particulière de cet aspect de l'unification; les organes de l'unification régionale; problèmes que pose son développement . . . . .                                                                       | 77 |
| B. Quant aux techniques de l'unification : technicité grandissante de l'unification moderne; les préalables de l'unification; la notion d'unifiabilité; les techniques communautaires . . . .                                                                                                               | 81 |
| 3. <i>Situation actuelle et perspectives d'avenir.</i>                                                                                                                                                                                                                                                      |    |
| De l'unification à l'uniformisation et à l'harmonisation; règles de droit, standards et pratiques communes; l'assouplissement de la notion d'unification; conséquences de cette orientation . . . .                                                                                                         | 84 |
| VII. LES MÉTHODES CONCRÈTES DE LA RECHERCHE COMPARATIVE                                                                                                                                                                                                                                                     |    |
| Portée exacte de cette étude; trois observations préliminaires . .                                                                                                                                                                                                                                          | 87 |
| 1. <i>Droit comparé et droit étranger.</i>                                                                                                                                                                                                                                                                  |    |
| La distinction traditionnelle des études de droit comparé et des études de droit étranger; comment cette opposition s'atténue dans la pratique moderne du droit comparé . . . . .                                                                                                                           | 89 |

|                                                                                                                                                                                                                                                                    |     |
|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| 2. <i>Les préalables de la recherche comparative</i> . . . . .                                                                                                                                                                                                     | 91  |
| En quoi les études de droit comparé :                                                                                                                                                                                                                              |     |
| a) exigent certaines précautions de quiconque veut les aborder .                                                                                                                                                                                                   | 91  |
| b) posent certains problèmes préliminaires pour le comparatiste .                                                                                                                                                                                                  | 93  |
| 3. <i>L'utilisation des méthodes en présence.</i>                                                                                                                                                                                                                  |     |
| A. La méthode en action; exemple tiré d'une recherche sur le régime matrimonial de droit commun; la règle de l'équivalence des institutions; la pratique du questionnaire; le niveau de la comparaison et la méthode appropriée . . . . .                          | 95  |
| B. L'utilisation des différentes méthodes en présence : méthode informative, méthode technique, méthode structurale; l'approche fonctionnelle et ses prolongements : l'interprétation comparative, clinique juridique et <i>topik</i> , confrontation bilatérale . | 100 |
| VIII. SIGNIFICATION ACTUELLE DU DROIT COMPARÉ                                                                                                                                                                                                                      |     |
| Objet spécifique de cet exposé . . . . .                                                                                                                                                                                                                           | 104 |
| 1. <i>Nécessité actuelle de l'examen comparatif des droits</i> . . . . .                                                                                                                                                                                           | 105 |
| Raisons pour lesquelles cet examen comparatif s'impose dans le monde d'aujourd'hui; conséquences :                                                                                                                                                                 |     |
| a) quant à la position respective des systèmes . . . . .                                                                                                                                                                                                           | 106 |
| b) quant à l'étude des systèmes comme réalités juridico-sociales .                                                                                                                                                                                                 | 106 |
| c) quant à l'internationalisation des concepts juridiques . . . .                                                                                                                                                                                                  | 108 |
| 2. <i>Moyens et résultats nouveaux de la recherche comparative</i> . . .                                                                                                                                                                                           | 108 |
| A. Facilités nouvelles offertes aux comparatistes :                                                                                                                                                                                                                |     |
| a) par le développement de l'enseignement du droit comparé;                                                                                                                                                                                                        |     |
| b) par la prolifération des Instituts ou organismes spécialisés; la systématisation de la documentation; le travail d'équipe; le recours à l'informatique . . . . .                                                                                                | 109 |
| B. Résultats de la recherche comparative moderne : sens et portée des réalisations obtenues; exemple pratique tiré des travaux de l'A.I.S.J.; conséquences d'ordre méthodologique . . . . .                                                                        | 113 |
| 3. <i>Vers quoi tend le droit comparé contemporain.</i>                                                                                                                                                                                                            |     |
| Les trois directions principales du droit comparé en action : la politique juridique des différents systèmes; les grands courants internationaux et la prospective juridique; la coopération internationale et la relativité du droit national . . . . .           | 116 |
| NOTES BIBLIOGRAPHIQUES . . . . .                                                                                                                                                                                                                                   | 121 |

IMPRIMERIE H. MESSEILLER - NEUCHÂTEL

1971





- 1 Roland Ruedin  
LE DROIT RÉEL DE SUPERFICIE Fr. 30.—
- 2 Dominique Favarger  
LE RÉGIME MATRIMONIAL DANS LE COMTÉ  
DE NEUCHÂTEL DU XV<sup>e</sup> AU XIX<sup>e</sup> SIÈCLE Fr. 42.—
- 3 Jean Guinand  
LES CONFLITS DE LOIS EN MATIÈRE DE CAPACITÉ  
(étude comparative) Fr. 24.—
- 4 Marc Ancel  
UTILITÉ ET MÉTHODES DU DROIT COMPARÉ  
Fr. 30.—
- 5 Edmond Huysser  
THÉORIE ET PRATIQUE DU DUMPING (sous presse)

*Traités et manuels de droit suisse*

- Jean François Aubert  
TRAITÉ DE DROIT CONSTITUTIONNEL SUISSE  
Fr. 98.—
- André Grisel  
DROIT ADMINISTRATIF SUISSE  
Fr. 76.—